

دكتور

مصباح المتولى السيد حماد

أستاذ الفقه المقارن المساعد

بكلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر بالقاهرة

حكم بيع الثمار على رؤوس أشجارها والزروع فى أرضها مفردة بحث فقهي مقارن

الطبعة الأولى

الناشر

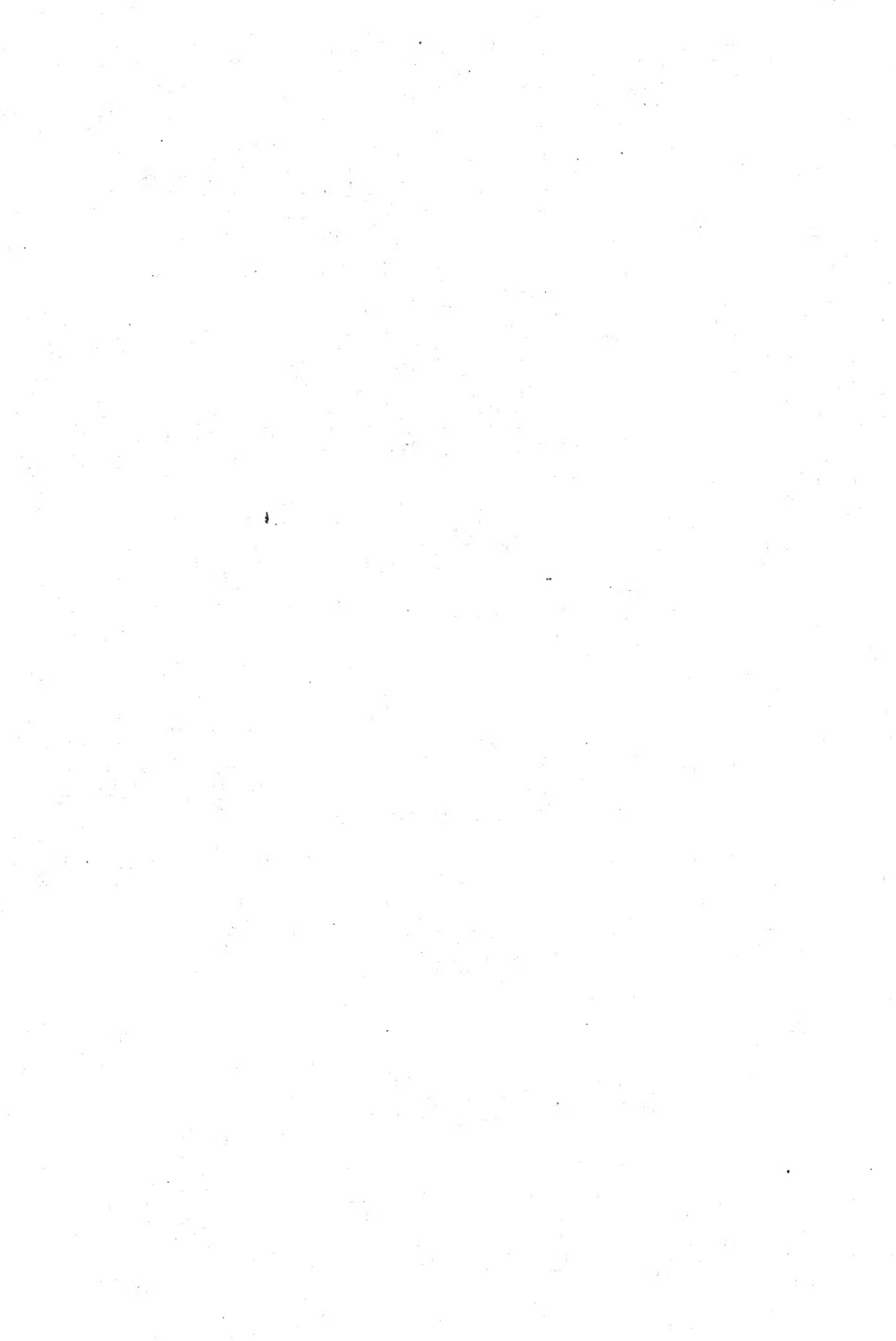
المكتبة الأزهرية للتراث

٩ درب الأتراك خلف جامع الأزهر

ت: ٥١٢٠٨٤٧

القاهرة

١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة البحث

الحمد لله، نحمده ونستعينه، ونستغفره، نحمدك يا ربنا حمدا يوافي نعمك، ويكافئ مزيدك، كما ينبغى لجلال وجهك وعظيم سلطانك. فاللهم، إني أسألك بكل اسم هو لك سميت به نفسك، أو أنزلته في كتابك، أو علمته أحدا من خلقك، أو استأثرت به في علم الغيب عندك أن تديم عليّ سترك وعافيتك في الدنيا والآخرة. ونصلي ونسلم على سيدنا محمد خاتم الرسل والنبوة التي لم يكتمل البناء إلا بها فصلوات ربي عليه وعلى آله وصحبه، ومن تبعهم واهتدى بهديهم وبعد

فهذه دراسة لنوع من المبيعات التي يتعامل فيها الناس في واقعنا بحكم مجتمعنا الزراعى ومن ثم التجارى.

وقد عثيت به الشريعة الإسلامية كتابا، وسنة، وأثرا، وتناوله الفقهاء في مذاهبهم تناولا مفصلا نابعا عن فهم ودراية تامة لنصوص الشرع الحنيف، قلما يوجد عند من تسول له نفسه الاستغناء عنهم وترك تراثهم الفقهي العظيم. لقد فهموا أحكام هذا الموضوع على ضوء الكتاب والسنة، وأثار من قبلهم، فأظهروا الحل والحرمة في بيع هذه المبيعات، وهم لا يحتسبون في هذا الأمر إلا وجه الله الكريم.

وقد دفعنى إلى دراسة هذا الموضوع الآتى:

١- الواقع العملي الذي نراه من أصحاب الزروع والبساتين. فالمشاهد أن صاحب الشجر، أو الأرض قد يقصد بيع ثماره على رؤوس أشجارها وقد

تكون خلقت وقد لا تكون ، وكذا الزروع فى أرضها ، يقصد هذا أو ذاك مفردا عن أصله ، أو مع أصله ، أو لمالك أصله.

فيثور سؤال حول مدى مشروعية هذا البيع.

وللإجابة على هذا السؤال استخرت الله ثم عقدت النية على اعداد دراسة مقارنة بعنوان «حكم بيع الثمار على رؤوس اشجارها ، والزروع فى أرضها مفردة» ، بحث فقهي مقارن . حتى يحصل البيان لمواطن الحل والحرمة ، والصحة والبطلان والفساد فى هذا البيع.

وهذا أمر فى غاية الأهمية للمسلم حيث أن تعاطى العقود الفاسدة حرام. يقول السيوطى فى أشباهه فى القاعدة الخامسة «تعاطى العقود الفاسدة حرام ، كما يؤخذ من كلام الأصحاب فى عدة مواضع. قال الأسنوى: وخرج عن ذلك صورة: وهى: المضطر إذا لم يجد الطعام إلا بزيادة على ثمن المثل، فقد قال الأصحاب: ينبغى أن يحتال فى أخذ الطعام من صاحبه ببيع فاسد، ليكون الواجب عليه القيمة ، كذا نقله الرافعى»^(١).

٢- إقامة الحجة على من يزعم أن فقه المذاهب لم يعد يصلح فى حياتنا المعاصرة . فسرى عبقرية هؤلاء الفقهاء ، ومدى فهمهم لكتاب الله وسنة رسوله - ﷺ - ، فقد جاء على نحو لا يصح التعلل معه بما يتردد على الألسنة «هم رجال ونحن رجال». نعم نحن رجال فى مسائل جديدة لم تقع فى عصر أئمة المذاهب . أما أن نشغل أنفسنا بما تناوله هؤلاء الفقهاء لنعيبهم ، أو لنحدث قولاً ، غير أقوالهم، ونحدث فقها عصرنا - فهذا شئ عجاب!..

فالموضوع الذى معنا على سبيل المثال. أرض السلف هى أرضنا، وكذلك الشجر ، والثمر ، والزروع ، والناس هي الناس لم يتغير شئ..

والمعاملات التي وقعت في عصرهم هي التي تقع في عصرنا . فأني فقه جديد يستطيع الزاعم إحدائه؟! ان المطلوب هو استيعاب ما قالوه والعمل به.

هدف الدراسة:

إن هدف الدراسة في بحثنا هو بيان أحكام بيع الثمار على رأس شجرتها ، وكذا الزرع القائم في أرضه إذا وقع البيع على الثمرة مستقلة عن شجرتها ، أو على الزرع مستقلا عن أرضه ، سواء كان هذا البيع للمالك الأصل أم لغيره، وبناء على القول بأن الشيء بالشيء يذكر، قد نذكر حكم البيع إن وقع العقد على الشجرة والثمرة معا ، وكذا الزرع مع الأرض ، وكانت الثمرة أيضا مقصودة بالبيع ، وكذا الزرع . ومن ثم فإنه يخرج من بحثنا ما لو قصد بالبيع الشجرة دون ثمرتها ، أو الأرض دون زرعها ، فهذا يرجع إلى بحث آخر ودراسة أخرى ، هل تتبع الثمرة شجرتها في البيع؟ وهل يتبع الزرع أرضه في البيع؟ كما يخرج من بحثنا هذا ، ما يقع على الثمرة أو الزرع من عقود غير البيع كالهبة والرهن ونحوهما^(١).

منهج البحث:

وأما عن منهج البحث . فلقد جرى بما عليه عرف أصحاب المقارنات الفقهية. من تحرير محل النزاع في المسألة المعروضة، ثم ذكر أقوال الفقهاء في محل النزاع ، ثم أدلة كل قول ثم المناقشة إن وجدت ، ثم الترجيح إن أمكن الترجيح. وقد أعمد إلى تأخير مذهب في الذكر -مع تقدمه زمنيا- وذلك لكثرة التفصيل فيه.

وفي بعض الأحوال كنت أفرد كل مذهب في المسألة على حدة ثم أعقد

(١) لاحظ في هذا الاخراج: تحفة المحتاج وحاشيتي الشرواني والعبادي ج٤ ص ٤٦١ ، أسنى المطالب ج١ ص ١٠٣ ، الحاشية الكبير ج٦ ص ٢٧٧ ، شرح جلال المعلى وحاشيتي قليوبي وعميرة ج٢ ص ٢٣٣ ، حاشية الباجوري ج١ ص ٣٥٠ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج٢ ص ٣٩ .

المقارنة فى نهاية المسألة ، وذلك لكثرة التفصيلات وشدة ترابطها فى المذهب الواحد ، وانسجامها مع بعضها البعض.

وكننت إذا وجدت مسألة فى مذهب لانظير لها فى المذاهب الأخرى -وذلك بعد البحث والاستقراء- لم أتركها ، وإنما أذكرها لبيان حكمها عند من تناولها . وقد اعتمدت على المذاهب الأربعة المشهورة ، ثم مذهب الظاهرية ، ومذهب الإباضية ، وأقوال بعض السلف من الصحابة والتابعين ، وأقوال أهل الحديث فى هذا الصدد. أما عن النصوص الفقهية فأنى أميل إلى ذكرها - وقد أذكرها فى الصلب أو بالهامش . وهذه النصوص مأخوذة من المصادر المعتمدة لدى كل مذهب.

وعندما أجد نقلا وحكاية لمذهب فى مصدر مذهب آخر ، أقوم بتحقيق هذا النقل لمعرفة مدى صحته. وأيضاً عند اختلاف عبارات فقهاء المذهب الواحد كنت أقوم بتحرير المذهب وتحقيقه. وعند اتحاد عبارة المغنى والشرح الكبير أقول: وقال ابننا قدامة أى بلفظ المثني.

ولقد حرصت على بيان معانى الألفاظ التى تحتاج إلى بيان فى أول موضع يذكر فيه هذا اللفظ.

وكننت أصدر المسألة المعروضة للبحث بالنص الحاكم لها من السنة المشرفة والأثر . فأذكر الأحاديث برواياتها وألفاظها المختلفة وأقوم بتخريجها من كتب متعددة ومعتمدة فى هذا الفن . وجمعت بين الفاظ حديث الراوى الواحد فى موضع واحد ، وأعطيت له رقماً ليسهل الرجوع إليه عند الاحالة.

خطة البحث:

الناظر فى كلام الفقهاء يجد أنهم قد تناولوا هذا الموضوع فى أحوال متعددة . قبل الخلق ، وبعد الخلق ، ثم بعد الخلق قبل الصرام ، وقبل بدو

الصالح وبعده ، ثم قبل بدو الصالح وبعده بشرط القطع ، وبشرط التبقية ، وبالإطلاق عن شرط القطع أو التبقية.

وقد لخص ابن رشد وغيره هذا. يقول ابن رشد: «وأما بيع الثمار فإنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام - أنه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى تزهي - ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر منها نحن عيونها . وذلك أن بيع الثمار لا يخلو أن تكون قبل أن تخلق، أو بعد أن تخلق ، ثم إذا خلقت لا يخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله ، ثم إذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن تكون قبل أن تزهي أو بعد أن تزهي ، وكل واحد من هذين لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بشرط التبقية أو بشرط القطع»^(١).

وبناء على هذا فقد قمت بتقسيم هذا البحث من حيث الجملة إلى تمهيد وخمسة فصول، أما التمهيد فهو في معنى البيع والغرر . وأما الفصول فهي:

الفصل الأول: حكم بيع الثمار على أشجارها قبل أن تخلق.

الفصل الثاني: حكم بيع الثمار ، والزروع بعد ظهورها.

الفصل الثالث: حكم بيع الثمار، والزروع بعد بدو الصلاح.

الفصل الرابع: حكم بيع ما يأتي بطونا، وبيع المستتر من الثمر والزروع.

الفصل الخامس: متفرقات في بيع الثمار والزروع مفردة.

(١) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٦ ، وهذا التقسيم نقله فقهاء الإياضية بعينه دون عزو ، أنظر النيل للشمسني متن شرح النيل لأطفيش ج٨ ص ١٠٧ ، ١٠٨ ، الإيضاح للشاخي وعليه حاشية أبي ستة ج٥ ص ٥٨ ، ٥٩ ، ٦٠ ، وانظر في هذا التقسيم. شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٨٨ ، مجمع الأنهر ج٢ ص ١٧ ، ١٩ ، حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤٠ ، الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٢٧ ، المغني ج٤ ص ٢١٨ ، ٢١٩ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢١٤ ، ٢١٥ ، ٢٣١ ، شرح الزركشي ج٣ ص ٤٩٣ ، ٤٩٤.

تنبيه:

وأبادر إلى التنبيه على أن دعوى الاجماع كثيرة في هذا الموضوع ، ولكنها ليست بصحيحة دائما ، وإنما هي في بعض المواطن موهومة وفيها مجازفة كما نبه على ذلك الحافظ بن حجر في الفتح ، والشوكاني في نيله .

يقول الحافظ: في بيان الخلاف فيما قبل بدو الصلاح: «وقد اختلف في ذلك على أقوال: فقليل: يبطل مطلقا وهو قول ابن أبي ليلى والثوري ، وروهم من نقل الإجماع على البطلان . وقيل: يجوز مطلقا ولو شرط التبقية. وهو قول يزيد بن أبي حبيب ، وروهم من نقل الاجماع فيه أيضا. وقيل: إن شرط القطع لم يبطل وإلا بطل وهو قول الشافعي وأحمد والجمهور ، ورواية عن مالك. وقيل: يصح إن لم يشترط التبقية والنهي فيه محمول على بيع الثمار قبل أن توجد أصلا وهو قول أكثر الحنفية . وقيل: هو على ظاهره لكن النهي فيه للتنزيه ، وحديث زيد بن ثابت المصدر به الباب يدل للأخير ، وقد يحمل على الثاني»^(١).

ويقول الشوكاني: «وقد اختلف في ذلك على أقوال: الأول: أنه باطل مطلقا وهو قول ابن ليلى والثوري وهو ظاهر كلام الهادي والقاسم. قال في الفتح: وروهم من نقل الاجماع فيه . الثاني: أنه إذا شرط القطع لم يبطل وإلا بطل وهو قول الشافعي وأحمد ، ورواية عن مالك ، ونسبه الحافظ إلى الجمهور وحكاها في البحر عن المزيد بالله . الثالث: أنه يصح إن لم يشترط التبقية وهو قول أكثر الحنفية. قالوا: والنهي محمول على بيع الثمار قبل أن توجد أصلا . وقد حكى صاحب البحر الاجماع على عدم جواز بيع الثمر قبل خروجه ، وحكى أيضا الاتفاق على عدم جواز بيعه قبل صلاحه بشرط الإبقاء، وحكى أيضا عن الإمام يحيى أنه خص جواز البيع

(١) فتح الباري ج٤ ص ٤٦١.

بشرط القطع الاجماع ، وحكى عنه أيضا أنه يصح البيع بشرط القطع إجماعاً ثم يقول الشوكاني في دعاوى الاجماع: «ولا يخفى ما في دعوى بعض هذه الاجماع من المجازفة» ثم أكمل حكاية الخلاف بقوله: «وحكى في البحر أيضا عن زيد بن علي ، والمؤيد بالله ، والامام يحيى وأبى حنيفة والشافعي أنه يصح بيع الثمر قبل الصلاح تمسكا بعموم قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾^(١)، قال أبو حنيفة: ويؤمر بالقطع، والمشهور من مذهب الشافعي هو ما قدمنا»^(٢).

أقول: هكذا نرى كثرة الخلاف، وكثرة الحكايات للمذاهب مما يؤكد ما قاله الحافظ، والشوكاني.

الله أسأل أن يلهمني الصواب، ويجنبني الزلل، ويجعل عملي نافعا مقبولا ... آمين.

(١) سورة البقرة جزء من الآية رقم: ٢٧٥.

(٢) نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٠ ، ولاحظ سبل السلام ج٣ ص ٢٠.

التمهيد

لما كان البحث الذى بين أيدينا فى موضوع من موضوعات البيع ، ولما كان هذا الموضوع متصلا بركن هام من أركان عقد البيع وهو ركن «المعقود عليه» ولما كان هذا الموضوع سيذكر فيه -إن شاء الله- الجهالة والغرر بل إن فيه ما هو من بيوع الغرر ، كبيع الثمرة قبل أن تخلق ، وكبيعها قبل بدو الصلاح عند الجمهور، وكبيع المستور من الزرع والثمر. يقول ابن رشد فى سبب الخلاف فى بيع المغيب فى الأرض كاللفت والجزر، والمستور بقشره كاللوز والباقلاء: «والسبب فى اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر فى البيوع أم ليس من المؤثر...»^(١). لما كان ذلك كذلك رأيت أن أعقد تمهيدا مختصرا لبيان معنى البيع ، وحكمته ، والحاجة إليه ، وشرط القدرة على تسليم المبيع ، والعلم بالمبيع ، ثم بيان معنى الغرر ، وأسبابه ، وأنواعه المؤثر منها فى العقد ، وغير المؤثر.

أولا

فى البيع

معنى البيع:

البيع فى اللغة: مطلق المبادلة^(٢) أو هو تمليك مال بمال^(٣) أو مقابلة شئ بشئ^(٤) أو هو دفع عوض وأخذ معوض عنه^(٥). وقال فى المستوعب: البيع فى اللغة عبارة عن الإيجاب والقبول اذا تناول عينين أو عينا بشئ^(٦) أو أخذ شئ وإعطاء شئ قاله ابن

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٩.

(٢) التعريفات للرجزى ص ٢١ ، المصباح المنير ج ١ ص ٦٩ ، مختار الصحاح ص ٤٤.

(٣) سبل السلام ج ٣ ص ٣ ، ٤ ، روضة الطالبين ج ٣ ص ٣.

(٤) تحفة المحتاج وحاشيتي الشروانى والعبادى ج ٤ ص ٢١٥.

(٥) شرح الزركشى ج ٣ ص ٣٧٨ ، الانصاف ج ٤ ص ٢٥٩ ، ٢٦٠.

(٦) الانصاف السابق، شرح الزركشى السابق وفيه: «وقال أبو عبد الله السامري: إنه الإيجاب والقبول ... الخ».

هبة (١).

ويذكر الجصاص عند قوله تعالى: «وأحل الله البيع» (٢)، أن لفظ البيع موضوع لمعنى معقول فى اللغة ، وهو تملك المال بما لا يوجب وقبول عن تراض منهما ، وهذا هو حقيقة البيع فى مفهوم اللسان ، وليست حقيقته وقوع الملك به للعاقد ، ألا ترى أن البيع المعقود على شرط خيار المتبايعين لم يوجب ملكا؟ وهو بيع ، والوكيلان يتعاقدان البيع ولا يملكان (٣).

ويقول القرطبي: البيع فى اللغة مصدر باع كذا بكذا ، أى دفع عوضا ، وأخذ معوضا ، وهو يقتضى بائعا وهو المالك أو من ينزل منزلته ، ومبتاعا وهو الذي يبذل الثمن ، ومبيعا وهو المثلون ، وهو الذي يبذل فى مقابله الثمن . وعلى هذا فأركان البيع أربعة: البائع ، والمبتاع ، والثمن ، والمثلون . ثم المعاوضة عند العرب تختلف بحسب اختلاف ما يضاف إليه ، فإن كان أحد المعوضين فى مقابلة الرقبة سمي بيعا وإن كان فى مقابلة منفعة رقبة ، فإن كانت منفعة بضع سمي نكاحا ، وإن كانت منفعة غيرها سمي إجارة ، وإن كان عينا بعين فهو بيع النقد وهو الصرف ، وإن كان بدين مؤجل فهو السلم (٤).

أقول: فالنكاح ، والإجارة ، بيع فى اللغة.

وجمع البيع بيوع . والبيع مصدر باع الشيء أخرجه عن ملكه ، أو أدخله فيه بعوض ، فهو من أسماء الأضداد يطلق على البيع والشراء ، كالقرء للحيض والظهر . وللزنايتي: لغة قريش استعمال باع إذا أخرج ،

(١) الروض المربع ج ٢ ص ٢٢.

(٢) سورة البقرة، جزء من الآية: ٢٧٥.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٥٦٨ ، ٥٦٩.

(٤) تفسير القرطبي ج ٣ ص ٢٣١.

واشتري إذا أدخل ، وهي أفصح ، واصطلاح عليها العلماء تقريبا للفهم ، وأما شري فيستعمل بمعنى باع كما في قوله تعالى: ﴿وشروه بثمن بخس﴾^(١) ، أي باعوه ففرق بين شري واشتري^(٢) . فلفظة البيع والشراء يطلق كل منهما على ما يطلق عليه الآخر ، فهما من الألفاظ المشتركة بين المعاني المتضادة^(٣) .

وفي المصباح: البيع من الأضداد مثل الشراء ، ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع ، ولكن إذا أطلق البائع ، فالتبادر إلى الذهن باذل السلعة ، وابتاع زيد الدار بمعنى اشتراها ، وابتاعها لغيره اشتراها له ، وقولهم : بيع رابع ، وبيع خاسر ، هو حقيقة في وصف الأعيان لكنه أطلق على العقد مجازا لأنه سبب التملك والتملك^(٤) .

ويرى الأكثر أن البيع مشتق من الباع لأن كل واحد من المتبايعين يمد باعه للأخذ والاعطاء^(٥) . ورده الزركشي من جهة الصناعة^(٦) .

-
- (١) سورة يوسف جزء من الآية: ٢٠ .
 (٢) مختار الصحاح ص ٤٤ ، شرح المحرشي وحاشية العدوي ج ٥ ص ٣ ، ٤ ، شرح الزركشي ج ٣ ، ص ٣٧٨ .
 (٣) سبل السلام ج ٣ ص ٤ ، ٤ . فتح الباري ج ٤ ص ٣٣٦ .
 (٤) المصباح المنير ج ١ ص ٦٩ . مختار الصحاح ص ٤٤ . كشف القناع ج ٣ ص ١٤٥ ، الهداية وشروحها ج ٥ ص ٤٥٤ ، ٤٥٥ .
 (٥) الانصاف ج ٤ ص ٢٦٠ . الروض المربع ج ٢ ص ٢٢ ، المفنى والشرح الكبير ج ٤ ص ٣ .
 (٦) في شرح الزركشي ج ٣ ص ٣٧٩ ، ٣٨٠ ، ٣٨١ : «واشتاقه قال أبو محمد وكثير من الفقهاء: أنه مشتق من الباع ، لأن كل واحد منهما يمد باعه للأخذ . ورد - من جهة الصناعة - بأنه مصدر ، والمصدر على رأى البصريين منبع الاشتقاق ، فهو مشتق منه ، لأنه مشتق . فان أجيب بالتزام مذهب الكوفيين بأن الأصل والاشتقاق للفعل ، رد بأنه الفعل الذى منه المصدر ، لافعل مقدر آخر ، لأن الباع عبته واو ، إذ هو من : يوع ، والبيع عبته ياء ، من : بيع ، وشرط الاشتقاق موافقة الأصل والفرع فى الحروف الأصول . وقد يجاب عن هذا وعن كثير من اشتقاقات الفقهاء بأن هذا من الاشتقاق الأكبر ، الذى يلحظ فيه المعنى ، دون الموافقة فى الحروف ، ولا ريب أن بين البيع والباع مناسبة كما تقدم . (=)

وقال الخرقى وغيره: ويحتمل أن يكون كل واحد منهما كان يبايع صاحبه ، أى يضافه عند البيع ، ولهذا يسمى البيع صفقة ، وقال ابن رزين: البيع مشتق من الباع ، وكان أحدهم يمد يده إلى صاحبه ، ويضرب عليها ، ومنه قول عمر «البيع صفقة أو خيار». وقيل: هو مشتق من البيعة. قال المرداوى: وفيه نظر كما قال الزركشى. إذ المصدر لا يشتق من المصدر، ثم معنى البيع غير معنى المبايع.

وقال فى الفائق: هو مشتق من المبايع بمعنى المطاوعة، لا من الباع^(١) هذا عن معنى البيع فى لغة القرآن الكريم.

وأما البيع فى اصطلاح الفقهاء:

فانه لا ينفك عن معناه فى اللغة مع زيادة بعض القيود التى يراها الفقيه المعرف للبيع لاجراج ماعدا البيع كالنكاح ، والاجارة ، أو لادخال ما يراه يبيعا فى الاصطلاح كبيع المعاطاة ونحو ذلك.

ونبادر إلى القول بأن الزركشى، والمرداوى بعد أن ذكرا عددا من التعريفات لفقهاء مذهبهما ، والاعتراض عليها قالا «وبالجملة: قل أن يسلم حد»^(٢)، وقولهما هذا ينطبق على غالب تعريفات البيع فى اصطلاح الفقهاء. واليك بعض هذه التعريفات.

(=) على أن بعض الهنانيين لم يشترط الموافقة على المعنى أيضا فقال فى قوله تعالى: ﴿إِنى لعملكم من القالين﴾ سورة الشعراء جزء من الآية: ١٦٨: إنه من الاشتقاق الكبير ، المشبه للاشتقاق الصغير، مع أن: قال من القول «والقالين» من القلى، وهو البغض فالخروف لم تتفق ، والمعنى لم يتحد.

ومن جهة المعنى- بالبيع فى الذمة ونحوه ، لا تنفاه مد الباع فيه . وقيل: انه مشتق من البيعة ، وفيه نظر ، إذ المصدر لا يشتق من المصدر ثم معنى البيع غير معنى المبايع. أ.هـ. الزركشى . ولاحظ مختار الصحاح ص ٤٤.

(١) المغنى والشرح الكبير ج٤ ص ٣ ، الانصاف ج٤ ص ٢٦٠ ، الروض المربع ج٢ ص ٢٢. شرح الزركشى ج٢ ص ٣٧٩ : ٣٨١ وانظر نصه بالهامش السابق.

(٢) الانصاف ج٤ ص ٢٦٠ ، وفى شرح الزركشى ج٢ ص ٣٧٨، ٣٧٩: «وفى الشرح: (=)

فقد عرفه الحنفية بقولهم: «البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي» زاد الباهرتي «بطريق الاكتساب»^(١) فزادوا على المعنى اللغوي قيد «التراضي»^(٢). وهو ما عرفه به الصنعاني حيث قال: «وحقيقة البيع لغة: تقليك مال بمال . وزاد فيه الشرع قيد التراضي»^(٣).

وقال الجصاص «البيع اسم للإيجاب والقبول ، وليست حقيقته وقوع الملك به للعاقد ، ألا ترى أن البيع المعقود على شرط خيار المتبايعين لم يوجب ملكا ؟ وهو بيع . والوكيلان يتعاقدان البيع ولا يملكان»^(٤).

ويرى ابن عبد السلام والباجي من المالكية أنه لا حاجة إلى تعريف

(٥) قال القاضي وابن الزاغوني وغيرهما: إنه عبارة عن الإيجاب والقبول، إذا تضمن عينين للتمليك. وأبدل السامري: عينين . بالين، ليحترز عما ليس بمال ، فلا يطرد لدخول الرها ، وقد يدخل القرض على الثاني ، فلا يتعكس ، لخروج بيع المعاطاة ، على رواية مختارة ، وخروج المنافع كحجر الدار ونحوه ، والبيع في الذمة ، وقال أبو محمد: مبادلة المال بالمال لغرض التملك ، فدخلت المعاطاة ، وقد يدخل القرض ، إلا أنه وإن قصد فيه التملك لكن المقصود الأعظم فيه الارتفاع، لكنه يدخل عليه الرها . وحده بعض المتأخرين بأنه: تقليك عين مالية ، أو منفعة مباحة على التأبيد بعرض مالي على التأبيد، ويدخل عليه أيضا القرض والرها . وبالجمل: الحدود قل ما يسلم منها أ. هـ الزركشي . وعرفه الجرجاني في الشرع بقوله: «وفي الشرع مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تقليكا وتقليكا» التعريفات ص ٢١.

(١) شرح العناية ج ٥ ص ٤٥٤ ، ٤٥٥ ، الكفاية على الهداية ج ٥ ص ٤٥٤ ، تبيين الحقائق وحاشية الشلبي ج ٤ ص ٢ .

(٢) نه على ذلك الباهرتي في شرح العناية السابق.

(٣) سبل السلام ج ٣ ص ٣ ، ٤ ، ولا حظ أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٥٦٨ ، ٥٦٩ .

(٤) أحكام القرآن السابق . ويقول العز في قواعده في قاعدة بيان حقائق التصرفات في الباب الأول في النقل بعرض وهو أنواع ج ٢ ص ٢٤٦ قال: «الأول: البيع: وهو نقل ملك كل واحد من المتبايعين إلى صاحبه إن كان العوضان عينا . وإن كان ديننا فهو مقابلة التزام دين بالتزام دين إلى أن يتفق التقاوض فينتقل ملك البائع إلى المشتري، وملك المشتري إلى البائع . وإن كان المبيع عينا والتمن ديننا كان التزام الدين في نقل مقابلة ملك العين، فإذا قبض الدين انتقل الملك إلى البائع».

البيع حيث أن معرفة حقيقته ضرورة حتى للصبيان. ورده ابن عرفة قائلاً: أن المعلوم ضرورة وجوده عند وقوعه لكثرة تكرره ، وهذا لا يلزم منه علم حقيقته . ثم قال: «البيع الأعم: عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة» والغالب في عرف الشرع أخص منه بزيادة «ذو مكايسة أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه»^(١). فتخرج هبة الثواب بقوله «ذو مكايسة» إذ لا مكايسة أى مغالبة فيها . وخرج الصرف والمراطة بقوله: «أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة» والسلم بقوله «معين غير العين فيه» لأن غير العين في السلم هو المسلم فيه، ومن شروطه أن يكون ديناً في الذمة^(٢)، وعرفه الهيثمي من الشافعية بأنه «عقد يتضمن مقابلة مال بمال على وجه المعاوضة لاستفادة ملك عين أو منفعة مؤبدة» ثم قال: وقد يطلق علي قسيم الشراء فيحد بأنه «نقل ملك بضمن على وجه مخصوص» والشراء بأنه «قبوله» على أن لفظ كل يقع على الآخر^(٣).

وعرفه القاضى والزاغوني من الحنابلة بأنه عبارة عن «الايجاب والقبول إذا تضمن عينين للملك»^(٤). قال ابننا قدامة: وهو حد قاصر لخروج بيع المعاطاة ، ودخول عقود سوى البيع فيه^(٥) وعرفه في المستوعب بنفس التعريف السابق لكنه أبدل «العينين» بلفظ «مالين» ليحترز عما ليس بمال.

-
- (١) شرح الخرشي وحاشية العدوى ج٥ ص ٣ ، ٤ .
 (٢) حاشية العدوى السابق . وهذا التعريف عليه اعتراض حاول البعض الاجابة عليه.
 (٣) تحفة المحتاج وعليها الشرواني والعبادى ج٤ ص ٢١٥ ، روضة الطالبين ج٢ ص ٣ ، فتح البارى ج٤ ص ٣٣٦ .
 (٤) الانصاف ج٤ ص ٢٥٩ ، المغنى والشرح الكبير ج٤ ص ٣ ، شرح الزركشى ج٢ ص ٣٧٨ ، ٣٧٩ .
 (٥) المغنى والشرح السابق، وشرح الزركشى السابق وقد سبق نصه في أول التعريف الاصطلاحي بالهامش.

واعترض المرداوي عليهما فقال: والتعريفان يعيبهما عدم الاطراد، أي أن كل واحد منهما غير مانع لدخول الربا، ويدخل القرض على الثاني. كما يعيبهما أنهما لا ينعكسان، أي أن كل واحد منهما غير جامع لخروج المعاطاة وخروج المنافع، وممر الدار، ونحو ذلك. قال الخرقى: ويدخل فيه عقود سوى البيع.

وفى الرعاية الكبرى: هو «بيع عين ومنفعة وما يتعلق بذلك»^(١).

وعرفه الخرقى بأنه «مبادلة المال بالمال لغرض التملك» فدخل فيه المعاطاة. لكن يرد عليه القرض، والربا، فليس بمانع. ولذلك زاد فى النظم «بغير ربا».

وفى الوجيز: هو عبارة «عن تقليد عين مالية، أو منفعة مباحة على التأييد، بعوض مالي»^(٢) وهو نفس تعريف الروض المربع^(٣) ويرد على هذا التعريف أيضا: الربا والقرض.

قال المرداوى: وبالجملة قل أن يسلم حد. ثم اختار لنفسه تعريفا فقال: قلت: لو قيل: هو «مبادلة عين أو منفعة مباحة مطلقا بأحدهما كذلك على التأييد فيهما، بغير ربا ولا قرض» لسلم^(٤).

وحكى الصنعانى قولين فقال: وقيل: هو «إيجاب وقبول فى مالىن ليس فيهما معنى التبرع» فتخرج المعاطاة.

وقيل: هو «مبادلة مال بمال لاعلى وجه التبرع» فتدخل فيه

(١) الاتصاف ج٤ ص ٢٥٩.

(٢) الاتصاف السابق ص ٢٦٠، شرح الزركشى ج٢ ص ٣٧٨، ٣٧٩.

(٣) الروض المربع ج٢ ص ٢٢. وانظر كشف القناع ج٢ ص ١٤٥، ١٤٦.

(٤) الاتصاف ج٤ ص ٢٦٠، شرح الزركشى ج٢ ص ٣٧٨، ٣٧٩.

المعاطاة^(١).

أقول: بالنسبة لتعريف البيع بالإيجاب والقبول ، ومن ثم تخرج المعاطاة ، إنما يكون عيبا على من عرفه بذلك ، وهو يجيز البيع بالمعاطاة ، أما عند من لا يرى صحة البيع بالمعاطاة ، فإنه لا عيب عليه حينئذ.

الحكمة في مشروعية البيع:

البيع جائز بالكتاب وقول رسول الله - ﷺ - وفعله وإقراره أصحابه عليه . والحكمة تقتضيه ، لأن حاجة الانسان تتعلق بما فى يد صاحبه غالبا ، وصاحبه قد لا يبذله بغير عوض غالبا ففى شرعية البيع وسيلة إلى بلوغ الغرض ودفع الحاجة من غير حرج ، وقد نقل الأئمة الاجماع عليه فهو مما علم جوازه من دين الله بالضرورة^(٢).

ويقول الكمال: والاجماع منعقد عليه . وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل ، وذلك أن الانسان لو استقل بابتداء بعض حاجاته من حرث الأرض ، ثم بذر القمح ، وخدمته وحراسته ، وحصده ، ودراسته ، ثم تذرته ، ثم تنظيفه ، وطحنه بيده ، وعجنه ، وخبزه ، لم يقدر على مثل ذلك ، وفى الكتان والصوف للبس ، وبناء ما يظله من الحر والبرد ، إلى غير ذلك ، فلا بد من أن تدفعه الحاجة إلى أن يشتري شيئا ويبتدئ مزاولة شئ ، فلو لم يشرع البيع سببا للتملك فى

(١) سبل السلام ج٢ ص ٣ ، ٤ .

(٢) فتح البارى ج٤ ص ٣٣٦ . سبل السلام ج٢ ص ٣ ، شرح الحرشي وحاشية العدوي ج٥ ص ٢ ، ٣ ، كشف القناع ج٢ ص ١٤٥ ، المغنى والشرح ج٤ ص ٣ ، شرح النيل ج٨ ص ٥ ، ٦ ، يقول الزركشى: «وهو مما علم جوازه من دين الله سبحانه بالضرورة ، وقد تضافرت الأدلة من الكتاب والسنة والاجماع على ذلك ... ثم الحكمة تقتضيه إذ الانسان قد يحتاج إلى ما فى يد صاحبه من مأكل وملبس ، وغير ذلك ، وليس كل أحد يسمح أن يبذل ماله مجانا ، فاقترنت الحكمة جواز ذلك تحصيلًا للمصلحة من الطرفين» شرح الزركشى ج٢ ص ٣٨١ ، ٣٨٢ .

البدلين لاحتاج أن يؤخذ على التغالب والمقاهرة ، أو السؤال والشحاذة ، أو يصبر حتى يموت . وفي كل منهما مالا يخفى من الفساد ، وفي الثاني من الذل والصفار مالا يقدر عليه كل أحد ، ويزرى بصاحبه ، فكان في مشروعيته بقاء المكلفين المحتاجين ، ودفع حاجاتهم على النظام الحسن^(١) .

أهمية معرفة أحكام البيع :

ظهر لنا مما تقدم أن البيع لاغنى للإنسان عنه ، فالإنسان يحتاج إلى مأكول ومشروب ولباس وهو مما ينبغي أن يهتم به لعموم البلوى ، إذ لا يخلو مكلف غالبا من بيع وشراء ، فيجب معرفة الحكم في ذلك قبل التلبس به ، وقد حكى بعضهم الاجماع على أنه لا يجوز للمكلف أن يقدم على فعل حتى يعلم حكم الله فيه ، ويعث عمر رضى الله عنه من يقيم من الأسواق من ليس بفقيه^(٢) .

وعلى هذا فيجب على كل مسلم بالغ عاقل أن يتعلم من أحكام عقد البيع وغيره من بقية المعاملات القدر الذي يصحح به ما يحتاجه هو ومن يعول فلا يقدم على معاملة إلا إذا كان يعلم حكمها شرعا . وقد قال - رحمه الله - : « إن العبد ليقتذف باللقمة الحرام في جوفه ، ما يتقبل الله منه عمل أربعين يوما » رواه مالك في الموطأ . ولذا فقد قال القاضي ابن العربي : « يجب على كل مكلف أن يعلم حكم ما يحتاج إليه من غيره ، ثم يجب عليه أن يعمل بما علم ، فيتولى أمر شرائه بنفسه إن قدر ، وإلا فغيره بمشروته ، ولا يتكل على من لا يعرف الأحكام أو يعرفها ويتساهل في العمل بمقتضاها »^(٣) .

(١) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٥٥ .

(٢) كشف القناع ج ٣ ص ١٤٥ .

(٣) نقلا عن عقد البيع في الشريعة الاسلامية ص ٦ . أ.د. أحمد على طه ريان ، ط . أولى ، دار الرسالة .

أركان عقد البيع:

يرى الحنفية أن ركن أى عقد هو الصيغة ، وهى الإيجاب والقبول .
بينما يرى الجمهور أن للبيع أركان ثلاثة إجمالا . المتعاقدان وهما البائع
والمشترى ، والصيغة وهى الإيجاب والقبول ، والمعقود عليه ، وهو المبيع
والثمن ، وإن شئت قلت: الثمن ، والمثمنون^(١) . والذى نحتاج إليه من هذه
الأركان فى بحثنا هو المعقود عليه وفى بعض شروطه . فمن شروط المعقود
عليه عند الفقهاء:

أن يكون موجودا خاليا من الجهالة المفضية إلى النزاع ، وبعبارة
أخرى أن يكون خاليا من الغرر.

يقول البهوتى فى شروط المبيع: « أن يكون مقدورا على تسليمه حال
العقد لأن مالا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم والمعدوم لا يصح بيعه ،
فكذا ما أشبه »^(٢).

أقول: ومن المعدوم كما سيأتى بيع الثمار قبل أن تخلق.

ومن شروطه: « أن يكون المبيع معلوما للبائع والمشتري ، لأن جهالة
المبيع غرر فيكون منهيا عنه فلا يصح »^(٣).

أقول: والمعدوم مجهول ، ومنه الثمر على رؤوس الشجر قبل ظهوره.

(١) تفسير القرطبي ج٢ ص ٢٣١ ، القوانين الفقهية ص ٢١١ ، ويلاحظ أن الخلاف بين
الحنفية ، وغيرهم فى عدد الأركان . هو خلاف لا أثر له حيث أن الصيغة تقتضى بقية
الأركان بطريق اللزوم.

(٢) كشف القناع ج٢ ص ١٦٢ ، وانظر المعنى ج٤ ص ٢٩٢ ، ٢٩٤ ، الشرح الكبير ج٤
ص ٣١ ، وفى الروض المربع ج٢ ص ٣٥: « أن يكون المعقود عليه مقدورا على
تسليمه . لأن مالا يقدر على تسليمه شبيه بالمعدوم فلم يصح بيعه ».

(٣) الروض المربع السابق وعليه حاشية العنقرى ج٢ ص ٣٩ ، المعنى ج٤ ص ٢٩٣ ،
الشرح الكبير ج٤ ص ٢٨ ، والنص للبهوتى فى كشف القناع ج٢ ص ١٦٣.

وما فى السنبلى ، والمغيب فى الأرض مجهول.

وعند الحنفية يقول الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره «جملة ما يفسد به البيع ، أن يكون المبيع مجهولا ، أو ثمنه ...»^(١).

ويقول الكاسانى فى شروط المعقود عليه: «... وأما الذى يرجع إلى المعقود عليه فأنواع ... منها أن يكون موجودا ، فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم كبيع نتاج النجاج بأن قال: بعت ولد ولد هذه الناقة، وكذا بيع الحمل. لأنه إذا باع الولد فهو بيع المعدوم، وإن باع الحمل فله خطر المعدوم، وكذا بيع اللبن فى الضرع لأنه له خطر لاحتمال انتفاخ الضرع، وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لأنهما معدوم»^(٢).

وفى الهداية: «والأثمان المطلقة لاتصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم، وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز. هذا هو الأصل ...»^(٣).

وعند الشافعية يقول المحلى: «من شروط المبيع العلم به عينا وقدرًا وصفة حذرا من الغرر»^(٤). ويقول النووى: «لا يجوز بيع السمك فى الماء والطير فى الهواء، وإن كان مملوكا له لما فيه من الغرر»^(٥)، أى لأنه غير مقدور على تسليمه.

ويقول الشهرآزى: «ولا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التى لم

(١) حاشية الشلبى ج٤ ص ٤٣.

(٢) بدائع الصنائع ج٥ ص ١٣٨.

(٣) الهداية ج٥ ص ٤٦٧ ، ٤٦٨ ، ولاحظ معها فتح القدير، والكفاية ، وشرح العناية،

بدائع الصنائع ج٥ ص ١٦٣.

(٤) شرح جلال المحلى ج٢ ص ١٦١ ، وانظر. روضة الطالبين ج٣ ص ٢٣.

(٥) روضة الطالبين السابق ص ٢٠.

تخلق»^(١)، أي للمخاطرة، وهي غرر، ويقول: «ولا يجوز بيع عين مجهولة لأن ذلك غرر ... ولا يجوز بيع العين الغائبة إذا جهل جنسها أو نوعها لحديث أبي هريرة - أن النبي - ﷺ - نهى عن بيع الغرر، وفي بيع مالا يعرف جنسه أو نوعه غرر كبير...»^(٢).

وعند المالكية. يقول الدردير: «وشرط للمعقود عليه عدم جهل منهما أو من أحدهما بمشمون أو ثمن، فان جهل الثمن أو المثلث ضر ولو كان الجهل في التفصيل وعلمت جملته ...»^(٣)، ويقول ابن رشد في أسباب الفساد العامة في البيوع: «... الثالث: الغرر ...»، ثم يقول: «والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه ...»^(٤). ويقول ابن جزى: «وأما الثمن والمثمون فيشترط في كل واحد منهما أربعة شروط أن يكون طاهرا، متنفعا به، معلوما، مقدروا على تسليمه ... وقولنا معلوما تحرزا من المجهول فان بيعه لا يجوز إلا أنه يجوز بيع الجزاف^(٥) بشروط ...»^(٦).

(١) المذهب ج١ ص ٢٦٢.

(٢) المرجع السابق ص ٢٦٣.

(٣) الشرح الكبير، وحاشية اللسوقي ج٢ ص ١٥.

(٤) بداية المجتهد ج٢ ص ١٩٣ ، ٢٢٤.

(٥. ٣) القوانين الفقهية ص ٢١٢. والجزاف مثلث الجيم ، أي يكسرهما وضما ، وفتحها - فارسي معرب، وهو بيع الشيء بلاكيل ، ولا وزن ولا عدد ، كما في حاشية البناني على عبد الباقي في المسائل الملقوطة . وحد ابن عرفة بيع الجزاف بأنه: «بيع ما يمكن علم قدره دون أن يعلم» والأصل منعه ، وخفف فيما شق علمه ، أو قل جهله ، وما يشق علمه كالمعدود ، وما يقل جهله يكون في الكيل والموزون إذ لا تشترط المشقة فيهما. ولصحة بيع الجزاف شروط ستة وقيل: سبعة كما في الفروق، وإدراج الشروق. بينما في القوانين الفقهية ذكر شرطين فقط لجواز بيعه وهما داخلان فيما سندكره.

الأول: أن يكون المبيع معينا للحس حتى يستدل بظاهره على باطنه.

الثاني: أن يكون المشتري والبائع جاهلين بالمكيل . وعبارة ابن جزى: «أن يستوي البائع والمشتري في العلم بمقداره» ، خلافا للشافعي وأبي حنيفة لأنه غش لأن عدولهما عن الكيل يشعر بطلب المغابنة ، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «من علم كيل طعام فلا يبيعه جزافا حتى يبينه».

ويقول ابن حزم: «... لأن البيع لا يحل بنص القرآن إلا بالتراضي

(=) الثالث: أن يكون البائع والمشتري اعتادا الحرز في ذلك، فإن لم يعتادا أو اعتاد أحدهما لم يجز خلافا للشافعي في اكتفائه بالرؤية. والجواب عليه أن الرؤية لا تنفي الغرر في المقدار.

الرابع: قال اللخمي وابن جزري: أن يكون المبيع مما يكال أو يوزن، كالطعام وشبهه، ولا يجوز في المعدود كالمواشي. وصاحب الفروق وابن الشاط يريان أن ما يجوز بيعه جزافا عبارة عما اجتمع فيه شروط جوازه وصحته معا سواء كان المبيع مما يكال أو يوزن أو كان مما يعد، فلا يعد من شروط الجواز كونه مما يكال أو يوزن. وإذا كان اللخمي اشترط في المبيع جزافا أن يكون مما يكال أو يوزن إلا أنه قال: غير أن مالكا أجاز بيع صغار الحيتان، والعصافير جزافا إذا ذهبت لأن الحية يدخل بعضها تحت بعض، والمكيل والموزون يقصد كثرته وقتله، والمحصل لهما الحرز، وماله خطر ويقصد أحاد جنسه لا يجوز بيعه جزافا كالثياب فإن الغرض يتعلق بثوب دون ثوب ولا يتعلق الغرض بقمحة دون قمحة بل المطلوب الجنس والمقدار دون الآحاد. وكالثياب الدراهم والجواهر. الخامس: نفى ما يتوقع معه الربا، فلا يباع أحد النقدين بالآخر جزافا، ولا طعام بطعام من جنسه جزافا.

السادس: عدم المزانة كبيع صبرة بمكيلة من ذلك الجنس لأنه بيع للمعلوم بالمجهول من جنسه، وذلك هو المزانة. قال القرافي: وإذا اجتمعت هذه الشروط جاز البيع جزافا، ومتى فقد واحد منها امتنع البيع جزافا. وقال القباب في شرح بيوع ابن جماعة ما نصه: قيدوا الجواز في المعدود بما تلحق المشقة في عده لكثرته وتساوي أفراده كالجوز والبيض، أو يكون المقصود مبلقه لا أحاده كالبطيخ فإنه يجوز الجزاف فيه وإن اختلفت أحاده. وذكر سحنون في العتبية عن ابن وهب عن مالك: لا يباع الجوز جزافا إذا باعه وقد عرف عدده، ولا بأس بأن يباع القش، جزافا لأنه مختلف فيه صغير وكبير ويكون العدل الذي هو أقل عددا أكبر من العدل الذي هو أكثر عددا. ويرى ابن رشد أن معرفة عدد القش لا تأثير له في المنع من بيعه جزافا إذ لا يعرف قدر وزنه بمعرفة عدده لاختلافه في الصغر والكبر بخلاف الجوز الذي يقرب بعضه من بعض. ويرى ابن بشير وابن عبد السلام أن ما يتعلق الغرض بعدده يمتنع بيعه جزافا إلا أن يقل ثمن هذا النوع فقد وقع في المذهب ما يدل على جواز بيعه جزافا. وقد لخص ابن الشاط القول في المعدود فقال: وبالجملة فما يباع جزافا من المعدود إما أن يعد بمشقة أم لا، وفي كل إما أن يقصد أفراده أم لا، وفي كل إما أن يقل ثمنها أم لا. فمتى عد بلا مشقة لم يجز جزافا قصدت أفراده أم لا، قل ثمنها أم لا. ومتى عد بمشقة فإن لم تقصد أفراده جاز بيعه جزافا قل ثمنها أم لا، وإن قصدت جاز جزافا إن قل ثمنها، ومنع إن لم يقل، فالمنع في خمسة، والجواز في ثلاثة كما في عبد الباقي.

السابع: أن تستوي أرضه فاذا علما أو لا عدم الاستواء فسد، وإذا دخلا على الاستواء فظهر عدمه فالخيار كما في الخطاب، والمواق، والبناني وسلمه الرهوني (=)

والتراضى بضرورة الحس لا يمكن أن يكون إلا بمعلوم لا بمجهول»^(١)، ويقول: «وإنما الفرر ماعقد على جهل بمقداره وصفاته حين العقد»^(٢).

وعند الاباضية: «ورد نهى الفرر للجهل إما بصفة ثمن أو مثنى، أو بقدره أو أجله إن أجل أو بوجوده، أو تعذر القدرة عليه وإبقائه...»^(٣).

(=) قال ابن الشاط: وشروط الجواز والصحة معا في المبيع جزافا مطلقا معدودا كان أو مكبلا أو موزونا سبعة وافق خليل في مختصره الأصل في ثلاثة، ووافقه عبد الباقي في الرابع، وزاد الأصل عليهما الخامس، وزاد خليل على الأصل السادس والسابع. أنظر في بيع الجزاف. القوانين الفقهية ص ٢١٢، الفروق ج ٣ ص ٢٤٦، ادرار الشروق على الفروق لابن الشاط ج ٣ ص ٢٤١، ٢٤٢ وما بعدهما، الفرق السادس والثمانون والمائة بين قاعدة ما يجوز بيعه جزافا وقاعدة مالا يجوز بيعه جزافا. وقد أطال ابن الشاط في شرح شروط بيع الجزاف، مع ذكر الخلاف فيها داخل مذهبه، وكذلك بعض المذاهب الأخرى. وانظر في بيع الجزاف. شرح الحرشي وحاشية العدوي ج ٥ ص ٢٧، ٢٨، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٠. جواهر الاكليل ج ٢ ص ٨. تبين الحقائق ج ٥ ص ٥، الهداية وشروحها ج ٥ ص ٤٧٠، الاختيار ج ٢ ص ٤، روضة الطالبين ج ٣ ص ٣٠، أسنى المطالب وحاشية الرملي ج ٢ ص ١٧، تحفة المحتاج وحواشيه ج ٤ ص ٢٦٣، كشاف القناع ج ٣ ص ١٦٩، الانصاف ج ٤ ص ٣١٢، المحلى ج ٧ ص ٤٧٩ مسألة ١٥٠٨، جامع ابن بركة ج ٢ ص ٢٤٨، ونقله أطنيش عن المالكية في شرح النيل الجزء الثامن.

(١) المحلى ج ٧ ص ٢٢٢ مسألة ١٤١٣.

(٢) المرجع السابق ص ٢٨٧ مسألة ١٤٢٣.

(٣) هذا نص النيل وشرحه ج ٨ ص ٩٤، ٩٥، وانظر الجامع لابن بركة ج ٢ ص ٣٢٤.

نتائج الأقوال ج ٢ ص ٥٣، وفي الايضاح وحاشيته ج ٥ ص ١١٣، ١١٤، «والمعقود عليه يشترط فيه سلامته من الفرر... والفرر ينفي عنه أن يكون معلوم الوجود، معلوم الصفة، معلوم القدر، ومقدروا على تسليمه، معلوم الأجل إن كان مؤجلا، وذلك في الثمن، والمثنى جميعا». وانظر النيل وشرحه ج ٨ ص ٢٣٤.

ثانياً الغرر

معنى الغرر لغة:

الغرر فى اللغة: الخطر والخديعة. ففى المصباح: «والغرر: الخطر، ونهى رسول الله - ﷺ - عن بيع الغرر. وغرته الدنيا غرورا: خدعته بزيتها»^(١)، وفيه «الغرة بالكسر: الغفلة. وغر بالكسر، أي جاهل بالأمور غافل عنها. وماغرك بفلان، أي كيف اجتأت عليه. واغتريت به: ظننت الأمر فلم أتحفظ»^(٢). وفى الفروق «فائدة: أصل الغرر لغة: قال القاضى عياض: هو ماله ظاهر محبوب، وباطن مكروه، ولذلك سميت الدنيا متاع الغرور. قال: وقد يكون من الغرارة، وهي الخديعة، ومنه الرجل الغر بكسر الغين: للخداع، ويقال للمخدوع أيضاً، ومنه قوله - ﷺ -: المؤمن غرّ كريم»^(٣).

فالغرر فى اللغة: الخطر والخديعة، أو هو ماله ظاهر محبوب، وباطن مكروه.

معنى الغرر فى الاصطلاح:

الغرر فى الاصطلاح الفقهى لايبعد عن اصطلاح أهل اللغة.

فقد عرفه الكاسانى من الحنفية بقوله: «الغرر هو الخطر الذى استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك»^(٤)، وعرفه صاحب الكفاية بقوله

(١) المصباح المنير ج٢ ص ٤٤٤ . ٤٤٥ (غرر) مختار الصحاح ص ٢٤٦ باب الغين (غ ر).

(٢) المصباح السابق، وانظر مختار الصحاح السابق.

(٣) الفروق وتهذيبه ج٣ ص ٢٦٦ . وانظر ادرار الشروق معها ج٣ ص ٢٧٠.

(٤) بدائع الصنائع ج٥ ص ١٦٣.

«وهو مانطوت عنك مغبته وخفيت عليك عاقبته»^(١).

وعرفه الأبى الأزهرى من المالكية بقوله «الفرر أي الخطر والتردد بين ما يوافق الغرض ، وما لا يوافقه . قال المازري: بيع الفرر ما تردد بين السلامة والعطب ...»^(٢) ، وفي الفروق «والفرر اصطلاحاً ما لا يدري هل يحصل أم لا ، جهلت صفته أم لا ، كالطير في الهواء ، والسماك في الماء»^(٣).

وعرفه القليوبي الشافعي بأنه «ما انطوت عنا عاقبته أو ما تردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما»^(٤).

(١) شرح الكفاية على الهداية ج٦ ص ٥٠ ، وعرفه الباهرتى بقوله «وهو ما طوى عنك علمه ، قال في المغرب في الحديث - نهى عن بيع الفرر . وهو الخطر الذي لا يدري أيكون أم لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء ...» . شرح العناية ومعه شرح فتح القدير على الهداية ج٦ ص ٥٠ . وينحو هذا عرفه الجرجاني في الشرع . قال «ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا» . التعريفات ص ٦٩ باب الغين .
(٢) جواهر الاكلیل ج٢ ص ٢١ ، ٢٢ ، وانظر حاشية الدسوقي ج٢ ص ٥٥ . العدوى على الحرشي ج٥ ص ٦٩ .

(٣) الفروق ج٢ ص ٢٦٦ ، إدار الشروق ج٢ ص ٢٧٠ .

(٤) حاشية قليوبي على شرح جلال المحلي ج٢ ص ١٦٢ . وعرفه الشيرازي في المذهب بقوله «والفرر ما انطوى عنه أمره ، وخفى عليه عاقبته ، ولهذا قالت السيدة عائشة رضي الله عنها في وصف أبي بكر رضي الله عنه: فرد نشر الإسلام على غرة ، أي على طية» . قال ابن بطال في تعليقه على المذهب: الفرر: مكاسر الجلد ، والواحدة غر بالفتح ، منه قولهم: طويت الثوب على غرة ، أي على كسره . والمعنى في «فرد نشر الاسلام على غرة» قال الجوهري: النشر بالتحريك: المنتشر . يقال: جاء القوم نشر أي منتشرين ، واكتسى البازي ريشاً نشرًا طويلاً . ومعنى الحديث: أن الاسلام كان في زمن النبي - ﷺ - كالثوب المطوي المصون من الأذناس ، والأقذار ، فلما مات وارتدت الأعراب صار كالثوب إذا انتشر وتدنس ، فرد ما انتشر من الاسلام إلى حالته التي كانت على عهد رسول الله - ﷺ - يعني أمر الردة ، وكفاية أبيها إياه ، وعرفه ابن حجر الهيتمي في التحفة بأنه «ما احتمل أمرين أغلبهما أخوفهما» وبهامش الروضة «حقيقة الفرر كما قال الشيخ أبو علي: كل عقد عقد على ما يجوز أن يتم ويجوز أن لا يتم ، مأخوذ من الفر وهو الستر . وفسره الماوردي والصيمري بالتردد بين جانبين متضادين الأغلب منهما أخوفهما . وقيل: ما انطوى أمره وخفيت عاقبته» . وأقول: وتعريفات الشافعية متحدة . ومن الفرر عندهم بيع المجهول ، وبيع المجهول ، وبيع ما لم ير قبل العقد ، ومن باب أولى (=)

وعرفه الخنايلة بأنه « ما انطوت عنا عاقبته، أو ما تردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما »^(١)، وهم يتفقون مع الشافعية في هذا.

وعرفه ابن القيم بأنه « ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجودا أو معدوما » فإذا كان البائع عاجزا عن تسليم المبيع فهو غرر ومخاطرة وقمار فانه لا يباع إلا بهوكس^(٢).

وعرفه ابن حزم بقوله « وإنما الغرر ما عقد على جهل بمقدار المبيع وصفاته حين العقد »^(٣).

وعرفه ابن بركة من الاباضية بالمثال فقال « ومعنى الغرر الذى نهى عنه - ﷺ - ، بيع الطير فى الهواء ، وبيع السمك فى الماء ، والعبد الآبق والحمل فى بطن أمه ، واللبن فى ضرع الشاة، والجزر والبصل فى الأرض ونحو ذلك »^(٤)، وعرفه أيضا بأنه « المخاطرة »^(٥).

أقول: يتضح مما تقدم فى تعريف الغرر أن تعريفات الفقهاء له متقاربة فى المعنى وإن اختلفت الفاظها فكل التعريفات اتفقت على الخطر فيه للجهالة بالعاقبة. ونستطيع أن نقول: أن بيع الغرر هو: ما تردد بين السلامة

(=) بيع المعدوم ففى شرح المحلى « من شروط المبيع العلم به عينا وقدرًا وصفة حذرا من الغرر ».

أنظر المذهب ومعه النظم المستعذب ج١ ص ٢٦٢ . تحفة المحتاج ج٤ ص ٢٥٠ . هامش روضة الطالبين ج٢ ص ٥٨ . شرح جلال المحلى وحاشية قليوبى وعميرة ج٢ ص ٢٦١ . وانظر شرح ابن قاسم وعليه حاشية الباجورى ج١ ص ٣٤٦ .

(١) حاشية العنقرى على الروض المربع ج٢ ص ٣٦ . شرح الزركشى ج٢ ص ٦٢٦ ، ٦٢٧ .

(٢) أعلام الموقعين ج٢ ص ٢٨ ، زاد المعاد مجلد ٥ ص ٥٣٦ وما بعدها . الشرح الكبير ج٤ ص ٢٧ .

(٣) المحلى لابن حزم ج٧ ص ٢٨٧ مسألة ١٤٢٣ .

(٤) الجامع لابن بركة ج٢ ص ٣٢٤ .

(٥) المرجع السابق ص ٣٨٦ .

والعطب كما حده المازري. قال «بيع الغرر»^(١) ما تردد بين السلامة والعطب. ولما كان كليا في نفسه ، وإن كان جزئيا بالنسبة لما فسد للنهي عنه مثل له المصنف^(٢) بأمثلة متعددة ...^(٣) ، وحده ابن عرفة بقوله «بيع الغرر ما كان له ظاهر يغر ، وباطنه مجهول . ومنه قول الله تعالى: ﴿متاع الغرور﴾»^(٤) ، أي يغر ظاهرها ، وفي باطنها سوء العاقبة»^(٥).

وقال الأزهري «بيع الغرر ما كان على غير عهدة ولا ثقة وتدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان، ومنه التفرير بالنفس في القتال وإنما هو حملها على غير ثقة»^(٦).

وقال ابن قاسم «ولا يجوز بيع الغرر» قال الباجوري: أي لا يصح. وبيع الغرر: هو ما نظوت عنا عاقبته ، أو ما تردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما، ومنه المجهول ، والمبهم ، ومالم ير قبل العقد»^(٧).

وبلاحظ على تعريف ابن حزم الظاهري السابق ذكره عنه: أنه قصر الغرر على الجهل بمقدار المبيع وصفاته حين العقد ولم يعتبر عدم القدرة على التسليم غررا ، ومن ثم فانه أجاز بيع العبد الآبق والحيوان الشارد ، والطيور المتفلت وغيره إذا صح الملك عليه قبل ذلك عرف مكان العبد والحيوان أم لا»^(٨).

(١) الاضافة هنا لأدنى ملاسة. أي البيع الملبس للغرر ، لا أن الغرر مبيع ، حاشية العدوى على الخرشى ج ٥ ص ٦٩.

(٢) أي خليل في مختصره.

(٣) جواهر الاكليل ج ٢ ص ٢١ ، ٢٢ ، حاشية الدسوقي ج ٢ ص ٥٥ ، حاشية العدوى على الخرشى ج ٥ ص ٦٩.

(٤) سورة الحديد جزء من الآية: ٢٠.

(٥) جواهر الاكليل السابق وما بعده.

(٦) النظم المستعذب بهامش المذهب ج ١ ص ٢٦٢.

(٧) حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم ج ١ ص ٣٤٦.

(٨) المعلى ج ٧ ص ٢٨٥ مسألة ١٤٢٣.

أسباب الغرر فى البيع :

إن المتتبع لمواطن الغرر فى الفقه الإسلامى يجد أن سببه فى البيع راجع إلى الجهل بالمعقود عليه من وجه أو أكثر ، وقد أوضح ذلك أكثر من فقيه يقول ابن رشد الحفيد «الغرر يوجد فى المبيعات من جهة الجهل على أوجه: إما من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه ، أو تعيين العقد ، أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمن المبيع ، أو بقدره ، أو بأجله إن كان هناك أجل ، وإما من جهة الجهل بوجوده ، أو تعذر القدرة عليه ، وهذا راجع إلى تعذر التسليم ، وإما من جهة الجهل بسلامته أعنى بقاء»^(١) وههنا بيوع تجمع أكثر هذه أو بعضها . وقد نبه ابن رشد على أن البيوع المذكورة منها ما هو منطوق بها ، يعنى نطقت بها الأحاديث كالملاسة والمنازعة ، وكبيع الثمار قبل خلقها وبيعها قبل بدو صلاحها . ومنها بيوع مسكوت عنها ، يقول ابن رشد «ومن البيوع التى توجد فيها هذه الضروب من الغرر . بيوع منطوق بها ، وبيوع مسكوت عنها ، والمنطوق به أكثره متفق عليه ، وإنما يختلف فى شرح أسماؤها»^(٢) والمسكوت عنه مختلف فيه ، فأما المنطوق به فى الشرع فمنه نهيه - ﷺ - عن بيع مالم يخلق ، وعن بيع الثمار حتى

(١) وعبارة البعض «تعذر إيقانه: مثل أن يبيع متركه حيا وقد أكل حلقه ذنب لعله مات قبل بيعه ، ولعله مات بعده قبل توصل المشتري إليه» أنظر الشيخ محمد بن يوسف أطفيش من الإهاضية فى شرح النيل ج ٨ ص ٩٥ . وهو من الإهاضية المغاربة ، هو والشيخ عامر الشماخي صاحب كتاب الإيضاح . وإهاضية المغاربة كالجزائر ، والمغرب . لوحظ فى كتبهم أنهم تأثروا فى منهجهم وفقههم بالمالكية . أعنى «بقومهم» كما هو تعبیرهم عن المقيم معهم وليس على مذهبهم كالسادة المالكية . ويمكنك أن تلاحظ هذا بسهولة ويسر . فالنص المذكور هنا عن ابن رشد . تجده عند أطفيش والشماخي كما هو . أنظر شرح النيل ج ٨ ص ٩٤ ، ٩٥ ، الإيضاح ج ٥ ص ٥٩ وما بعدها . نتائج الأقوال ج ٢ ص ٥٣ .

(٢) كالاختلاف فى معنى حبل الحبلة وغيرها من الأسماء ، نيل الاوطار ج ٦ ص ٢٣١ . شرح النووي على مسلم ج ١٠ ص ١٥٨ .

تزهو ...» (١).

الفرق بين الغرر ، والغرور :

تقدم معنى الغرر فى اللغة والاصطلاح. أما الغرور فهو «سكون النفس إلى ما يوافق الهوى ويميل إليه فى الطبع» (٢).

والغرر ، والغرور معناهما متحد فى اللغة «والغرر الخطر ، وغرته الدنيا غرورا: خدعته بزينتها» (٣)، وقال القاضى عياض «وقد يكون من الغرارة ، وهي الخديعة» (٤)، وهما وإن اتحدا لغة إلا أنهما مختلفان عند الفقهاء ، وبيان ذلك أن الفقهاء قد خصوا بيع الغرر بما جهل وجوده ، أو وصفه ، أو مقداره ، أو تعذر تسليمه ، فهذه البيعات تسمى بيع غرر للجهل المذكور ، ولا تسمى ببوع غش وخديعة لأن الغش يكون المبيع فيه حاضرا أو معلوم القدر والصفة ومقدور التسليم لكن وجد فيه خديعة باخفاء العيب وإظهار الحسن.

ففى الحديث الصحيح الذى رواه الجماعة إلا البخارى والنسائى عن أبى هريرة «أن النبى - ﷺ - مر برجل يبيع طعاما فأدخل يده فيه فاذا هو مبلول ، فقال من غشنا فليس منا» (٥)، والحديث يدل على تحريم الغش،

(١) بذية المجتهد ج٢ ص ٢٢٤ ، وانظر القوانين الفقهية ص ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ادرار الشروق ج٢ ص ٢٧١ ، ٢٧٢.

(٢) التعريفات للجرجانى ص ٦٩ باب الغين.

(٣) المصباح المنير ج٢ ص ٥٤٤ ، وفى مختار الصحاح ص ٢٤٦ باب الغين «الغرور بالفتح الشيطان ومنه قوله تعالى: ﴿ولا يغرركم بالله الغرور﴾ ، والغرور بالضم ، ما اغتربه من متاع الدنيا».

(٤) الفروق ج٢ ص ٢٦٦ . ادرار الشروق ج٢ ص ٢٧٠ وفى مختار الصحاح السابق «ورجل غر بالكسر ، وغرير ، أى غير مجرب . والغرة بالكسر أيضا: الففلة».

(٥) منتقى الاخبار بشرحه نيل الأوطار ج٦ ص ٣٠٣ ، ولفظ مسلم «فليس منى» ومعناه كما يقول النووي: ليس من اعتدى بهدى ، واعتدى بعلمى وعملى ، وحسن طريقى ، كما يقول الرجل لولده إذا لم يرض فعله: لست منى، وهكذا فى نظائره مثل قوله (=)

وهو مجمع عليه^(١). ووجه الدلالة من الحديث ما نحن بصددده: أن هذا الذي حدث من البائع يسمى غرورا وخديعة، ولا يسمى غررا، وكذلك بيع الغش لا يسمى بيع غرر^(٢). وقد فرق الكاساني أيضا بين الغرر، والغرور عند استدلال الشافعي على أن كون المبيع معلوم الذات والصفة من شرائط الصحة بحديث النهي عن بيع الغرر، وأن الغرر هو الخطر. يقول الكاساني معترضاً «وأما الحديث فيحتمل أن يكون الغرر هو الخطر، ويحتمل أن يكون الغرور، فلا يكون حجة مع الاحتمال، ...»^(٣).

ويرى أطفيش «أن الغش والغرر والخديعة والتدليس متقاربة المعنى وإنما يكون الغرر للجهل إما بصفة ثمن أو صفة مضمن أو بقدر واحد منهما، أو أجله إن أجل، أو بوجوده، أو لتعذر القدرة عليه أو تعذر إبقائه

(=) «من حمل علينا السلاح فليس منا» نيل الأوطار السابق ص ٣٠٤، وقال أطفيش: ليس من أهل وفاة. ديننا وملتنا، وليس خلقه وأفعاله من أخلاقنا وأفعالنا. شرح النيل ج ٨ ص ٩٥. إلا أن سفيان بن عيينة كان يكره مثل هذه التفسيرات ويقول «هنس مثل القول، بل يمسك عن تأويله ليكون أو وقع في النفوس وأبلغ في الزجر» نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٠٤. واعترض ابن بركة الإبااضي على بعض التأويلات أيضا. فالقول «بأنه ليس من أهل ديننا» يردده أنه لا يخرج بالغش عن الدين إلى الشرك. والقول «بأنه ليس من أهل ملتنا» يرد بذلك أيضا، والقول «بأنه ليس من أخلاقنا ولا من فعلنا» يردده أن الفاش لا يكون من الأخلاق والأفعال فضلا عن أن يشتغل بنفيه عنها. والقول «بأنه ليس مجيبا لنا» يردده أنه قد أجاب إلى الإسلام أ.هـ.

وفي بعض التأويلات قيل «ليس متبعا لنا» كقوله تعالى حكاية «فمن تبعني فإنه مني» سورة إبراهيم جزء من الآية: ٣٦. وقيل «ليس بولي لنا» قال أطفيش: وهذا القول الأخير هو الحق، وما عداه من الأقوال لم يحسن قائلها التعبير إذ عبر بما يوهم خلاف الحق من التفسير، وإلا فالظاهر أن مراد تلك الأقوال «أنه ليس من أهل وفاة. ديننا وملتنا وليس خلقه وأفعاله من أخلاقنا وأفعالنا وليس مجيبا لنا في الوفاة بالدين» قال أطفيش: وذلك كله هو معنى القول الأخير، شرح النيل ج ٨ ص ٩٤، ٩٥.

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٠٤.

(٢) لاحظ أ.د. رمضان حافظ عبد الرحمن في بحثه: نظرية الغرر في عقد البيع ص ٣٩.

٤٠، بمجلة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة العدد الثالث ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.

(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٦٣.

...»^(١) ، أقول: وهذا لا يختلف عما قدمناه.

العلاقة بين الغرر والجهالة:

تقدم أن الغرر هو الذي لا يدري هل يحصل أم لا؟ أي هو ما انطوت عنا عاقبته . كالطير في الهواء والسماك في الماء ، والمغيب في الأرض من الزرع ، والمعدوم كالشمر قبل أن يخلق

أما المجهول فهو لغة ضد المعلوم ، وفي الاصطلاح: ما علم حصوله وجهلت صفته كبيع الشخص ما في كفه فهو يحصل قطعاً لكن لا يدري أي شيء هو.

فكل واحد من الغرر ، والمجهول من ناحية الاصطلاح أعم من الآخر من وجه ، وأخص منه من وجه ، ومن ثم فإنه قد يوجد كل واحد منهما مع الآخر، ويدونه . فيجتمعان في نحو شراء العبد الآبق المجهول قبل إباقه ، فهو مجهول الصفة ، وهو غرر أيضاً لأنه لا يدري أيحصل أم لا؟.

وقد يوجد الغرر بدون الجهالة كما في المثال السابق إذا كان الآبق معلوم الصفة قبل إباقه . فهنا لاجهالة فيه ، وإنما فيه غرر لأنه لا يدري هل يحصل أم لا؟.

وقد توجد الجهالة بدون الغرر ، كما في شراء نحو حجر يراه المشتري لكن لا يدري أهو زجاج أم ياقوت مثلاً ، فهذا لا غرر فيه لأن مشاهدته تقتضى القطع بحصوله ، وإنما الذي فيه هو الجهالة لأن عدم معرفته تقتضى الجهل به.

نعم قد يتوسع العلماء فيهما فيستعملون أحدهما موضع الآخر نظراً

(١) شرح النيل ج ٨ ص ٩٥.

إلى أن الغرر يوجد فى المبيعات من جهة الجهل ... (١)، ولذلك يقول
الباجورى «ومن الغرر: المجهول ، والمبهم ، ومالم ير قبل العقد» (٢).

ما تؤثر فيه الجهالات والغرر ، وما لا يؤثر فيه ذلك من التصرفات :

وردت الأحاديث الصحيحة فى نهيه - ﷺ - عن بيع الغرر ، وعن بيع
المجهول ، ثم اختلف العلماء بعد ذلك على فريقين.

الفريق الأول: عمّ النهي فى التصرفات فالامام الشافعى منع من
الجهالة فى الهبة ، والصدقة ، والابراء ، والخلع ، والصلح ، وغير ذلك.

الفريق الثانى: ذهب إلى التفصيل. فالامام مالك فصل بين قاعدة
مايجتنب فيه الغرر والجهالة وهو باب الماكسات والتصرفات الموجبة لتنمية
الأموال ، ومايقصد به تحصيلها . وقاعدة مالا يجتنب فيه الغرر والجهالة
وهو ما لايقصد لذلك . ومن هنا انقسمت التصرفات عند الامام مالك ثلاثة
أقسام: طرفان وواسطة. فالطرفان كالآتى:

أحدهما: ماكان معاوضة صرفة فهذه التصرفات يجتنب فيها الغرر
والجهالة إلا مادعت الضرورة إليه عادة (٣).

ثانيهما: ماهو إحسان صرف لايقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة
والابراء ، فان هذه التصرفات لايقصد بها تنمية المال ، بل إن فاتت على من

(١) الفروق ج٣ ص ٢٦٥ ، إدرار الشروق ج٣ ص ٢٧١ «الفرق الثالث والتسعون والمائة بين
قاعدة المجهول ، وقاعدة الغرر».

(٢) حاشية الباجورى ج١ ص ٣٤٦.

(٣) وجعل القرافى الغرر والجهالة فى البيع ثلاثة أقسام ، كأقسام المشقة التى تنفك عنها
العبادة . واعتبر ذلك فى جميع أبواب الفقه . الفروق ج١ ص ١١٨ ، ١١٩ ، الفرق
الرابع عشر . ومثال مادعت إليه الضرورة صحة بيع مالم يظهر من الثمر تبعاً لما ظهر عند
المالكية وبعض الحنفية وبعض الحنابلة، وذلك فيما يثمر بطونا وسيأتى فى موقف الفقهاء
من بيعه.

أحسن إليه بها لا ضرر عليه فانه لم يبذل شيئا بخلاف القسم الأول إذا فات بالفرر والجهالات ضاع المال المبذول فى مقابلته ، فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه .

أما الاحسان الصرف فلا ضرر فيه فاقتضت حكمة الشرع وحشه على الاحسان التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول ، فان ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً ، وفى المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله^(١) .

ويجب القرائى على الامام الشافعى ومن وافقه بقوله: أن الأحاديث لم يرد فيها ما يعم هذه الاقسام حتى نقول: يلزم منه مخالفة نصوص صاحب الشرع بل إنما وردت فى البيع ونحوه^(٢) .

وقد وافق الامام مالك فى هذا المنعى بعض الفقهاء كابن القيم حيث يقول « فاذا كان البائع عاجزاً عن تسليم المبيع فهو غرر ومخاطرة وقمار فانه لا يباع إلا بوكس .. وكذلك سائر عقود المعاوضات ، بخلاف الوصية فانها تبرع محض فلا غرر فى تعلقها بالموجود والمعدوم وما يقدر على تسليمه إليه وما لا يقدر ، وطرده فى الهبة إذ لا محذور فى ذلك فيها ، وقد صح عن النبى - ﷺ - هبة المشاع المجهول فى قوله لصاحب كبة الشعر حين أخذها من المغنم وسأله أن يهبها له فقال « أما ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لك »^(٣) .

(١) فمثلاً: إذا وهب له عبده الأبق جاز أن يجهده فيحصل له ما ينتفع به ولا ضرر عليه إن لم يجهده لأنه لم يبذل شيئاً وهذا فقه حسن.

(٢) أنظر فيما سبق كله، الفروق ج١ ص ١٥٠ ، ١٥١ ، الفرق الرابع والعشرون بين قاعدة ما تؤثر فيه الجهالات والفرر ، وقاعدة ما لا يؤثر فيه ذلك من التصرفات ، وأنظر نفس الفرق فى إدراج الشروق على الفروق السابق.

(٣) أنظر أعلام الموقعين ج٢ ص ٢٨ ، وأنظر الحديث فى السنن الكبرى للبيهقى ج٦ ص ٣٣٧ ، مسند الامام احمد ج١ ص ٨٨ ، سنن أبى داود ج٣ ص ٦٩ ، ٨٢ ، سنن النسائى ج٧ ص ١٣١ ، ١٣٢ ، متوطاً مالك ص ٣٠٤ ، وخلاصة الاقوال فى هبة المجهول والمعدوم ثلاثة أقوال . القول الأول: لا تجوز هبة المجهول والمعدوم وبه قال (=)

وأما الوساطة بين الطرفين فهو النكاح. فهو من جهة أن المال فيه ليس مقصودا، وأن مقصده المودة والألفة والسكون يقتضى أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقا. ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾^(١)، يقتضى امتناع الجهالة والغرر فيه.

فلوجود الشبهين توسط البعض كالامام مالك فجوز فيه الغرر القليل

- (=) الجمهور. الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، وقول للاباضية قال به منهم ابن عبد العزيز، ونقل عن أبي ثور إلا فى غير المقدور على تسليمه كما فى المغنى.
- القول الثانى: تجوز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود، وبالجملة كل ما لا يصح بيعه من جهة الغرر. وبه قال المالكية، وهو قول الأكثر من الاباضية والراجع عندهم، وهو قول أبي ثور فى غير المقدور على تسليمه، وقول عند الحنابلة فيه، وفى المعدوم وفى المجهول، وبه قال الشيخ تقي الدين والحارثي، وهو وجه عند الشافعية فى المجهول وغير المقدور على تسليمه كالآبق والشارد.
- القول الثالث: تجوز هبة المجهول إذا كان معلوما بالوصف لافى المجهول من كل وجه، وهو قول بعض الاباضية كالشيخ أحمد بن محمد بن بكر.
- أنظر للحنفية: بدائع الصنائع ج٦ ص ١١٩، مجمع الانهر ج٢ ص ٣٥٦، ٣٥٧، تكملة ابن عابدين ج٢ ص ٢٩٥، ٢٩٧.
- وللمالكية: الحرثى والعدوى ج٧ ص ١٠٣، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج٤ ص ٩٩، بداية المجتهد ج٢ ص ٣٢٧، ٣٢٩، بلفظ السالك ج٢ ص ٢٩٠، القوانين الفقهية ص ٣٦١.
- وللشافعية: روضة الطالبين ج٥ ص ٣٧٣، مغنى المحتاج ج٢ ص ٣٩٩، تحفة المحتاج ج٦ ص ٣٠٣، ٣٠٤، حاشية الجمل ج٢ ص ٥٩٦، المهذب ج١ ص ٤٤٦، نهاية المحتاج والشراملسي ج٥ ص ٤١١، ٤١٢.
- وللحنابلة: كشف القناع ج٤ ص ٢٩٨، ٣٠٦، الانصاف ج٧ ص ١٣٢، ١٣٣، هداية الراغب ص ٤١١، المغنى ج٥ ص ٦٥٦ وما بعدها.
- وللظاهرية: المحلى ج٩ ص ١١٦ مسألة ١٦٢٥، وانظره فى ص ١٥٢ مسألة ١٦٣٣، ص ١٦٣ مسألة ١٦٤٥.
- وللاباضية: شرح النيل ج١٢ ص ١١، ١٣، ٢٠، ٢١، ٢٣، ٢٥، الايضاح ج٥ ص ١٠٢، المصنف ج٢٧ ص ١٦٧، ١٩٨، ١٩٩.
- وجمهور الفقهاء على صحة الوصية بالمجهول والمعدوم، بدائع الصنائع ج٦ ص ١١٩، مجمع الانهر ج٢ ص ٣٥٦، ٣٥٧، ٦٩٣.
- (١) سورة النساء. جزء من الآية: ٢٤.

دون الكثير نحو عبد من غير تعيين، وشورة بيت، ولا يجوز على العبد الأبق والبغير الشارد ، لأن الأول يرجع فيه إلى الوسط المتعارف ، والثاني ليس له ضابط فامتنع.

والحق الامام مالك ومن وافقه: الخلع بأحد الطرفين الأولين الذي يجوز فيه الغرر مطلقا لأن العصمة وإطلاقها ليس من باب ما يقصد للمعاوضة بل شأن الطلاق أن يكون بغير شيء فهو كالهبة.

قال القرافي بعد ذكر ماتقدم: والفقہ مع مالك^(١).

أنواع الجهالة والغرر ، والمؤثر منها في البيع:

ينقسم الغرر باعتبار تأثيره على عقد البيع إلى ثلاثة أنواع . جهالة وغرر قليل . جهالة وغرر كثير . جهالة وغرر متوسط^(٢).

أولاً: الغرر اليسير:

وهو ما يكون شأن الناس التسامح فيه^(٣) وضابطه عند الجمهور كما هو ظاهر نصوصهم - أمور ثلاثة:

الأول: ما يدخل في المبيع ولو أفرد بالبيع لم يصح بيعه.

(١) الفروق ج١ ص ١٥٠ ، ١٥١ ، الفرق الرابع والعشرون ، ماتؤثر فيه الجهالات والغرر ، ومالا يؤثر . وانظر: أعلام الموقعين ج٢ ص ٢٨ ، زاد المعاد ج٥ ص ٥٣٦ وما بعدها .

(٢) أنظر هذا التقسيم في الفروق وإدراك الشروق ج٣ ص ٢٦٦ ، ٢٧١ ، وتهذيب الفروق ج٣ ص ٢٧٤ الفرق الثالث والتسعون والمائة . لاحظ أعلام الموقعين ، وزاد المعاد السابقين . وذكر ابن الشاطب الاتفاق على تقسيم الغرر إلى مؤثر في البيع وغير مؤثر ، ومثله صاحب تهذيب الفروق «اتفقوا على أن الغرر ينقسم إلى غرر مؤثر في البيع ، وغرر ليس من المؤثر وأن غير المؤثر هو اليسير الذي تدعوا إليه الضرورة ، أو ما جمع الأمرين» . أنظر . إدراك الشروق ج٣ ص ٢٧١ ، تهذيب الفروق ج٣ ص ٢٧٤ ، بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣٩ .

(٣) حاشية الدسوقي ج٣ ص ٦٠ .

الثاني: ما يتسامح بمثله إما لحقارته أو للمشقة في تمييزه أو تعيينه.

الثالث: أن تكون هناك ضرورة أي حاجة لارتكابه.

وهذا النوع جائز إجماعاً ولا أثر له على صحة العقد ، كأساس الدار ،
وقطن الجبة صرح بذلك المالكية^(١) وقالوا: أنه لكي يغتفر الغرر اليسير

(١) الفروق ج٣ ص ٢٦٦ ، إدرار الشروق ج٣ ص ٢٧١ ، تهذيب الفروق ج٣ ص ٢٧٤ ،
الفرق الثالث والتسعون والمائة . ففي التهذيب وإدرار الشروق «اتفقوا على أن الغرر
ينقسم بهذين القسمين مؤثر في البيوع وغير مؤثر ، وأن غير المؤثر هو اليسير الذي
تدعو إليه الضرورة أو ما جمع الأمرين» وانظر نفس النص في بداية المجتهد ج٢ ص
٢٣٩ .

ويقول ابن جزى «الباب الخامس: في بيع الغرر ، وهو ممنوع للنهي عنه إلا أن يكون
يسيراً جداً فيفتقر» القوانين الفقهية ص ٢٢٠ ، ٢٢١ ، وفي الجواهر على مختصر
خليل ج٢ ص ٢٣ «واغتفر غرر يسير للضرورة كأساس عقار فيجوز بيعه وشراؤه من
غير معرفة عمق أساسه وعرضه والمبنى به ، وإجارته مشاهرة مع احتمال نقص الشهر
وكماله» وعبارة خليل «واغتفر غرر يسير للحاجة لم يقصد» قال شارحه في الجواهر
«وجملة: لم يقصد - نعت غرر . أي لم يقصد الغرر اليسير» .

وفي شرح الخرشى «غرر جائز إجماعاً كببيع الدار بأساسها وكبيع الجبة المحشوة ،
وكالاجارة المحتملة لنقص الشهور وكمالها في إجارة الدور ونحوها» ثم قال «الغرر اليسير
يغتفر إجماعاً لكن حيث لم يقصد كأساس الدار المبيعة ، وإجارتها مشاهرة مع احتمال
نقصان الشهور ، وكالجبة المحشوة ، واللحاف والحشو مغيب ، والشرب من السقاء ،
ودخول الحمام مع اختلاف الاستعمال فيخرج بقيد البسارة الكثير كبيع الطير في الهواء
فلا يغتفر إجماعاً ... خرج بقيد عدم القصد ببيع الحيوان بشرط الحمل . والتقييد
بالحاجة بيان للواقع إذ البيع من أصله من الأمور الحاجة» شرح الخرشى ج٥ ص ٦٩ ،
٧٠ ، ٧٥ ، قال العدوى «فإن شك في كونه يسيراً فالأقرب المنع كما في شرح الموطأ»
حاشية العدوى على الخرشى السابق ص ٧٥ مجلد / ٣ .

ويقول الدردير «واغتفر غرر يسير إجماعاً للحاجة أي للضرورة كأساس الدار، فإن الدار
تشتري من غير معرفة عمقه ولا عرضه ولا متانته ، وكإجارتها مشاهرة مع احتمال نقصان
الشهور ، وكجبة محشوة أو لحاف ، والحشو مغيب ، وشرب من سقاء ، ودخول حمام مع
اختلاف الشرب والاستعمال . بشرط لم يقصد أي غير مقصود أي لم تكن العادة قصد
الغرر اليسير . فيخرج بقيد القصد ببيع الحيوان بشرط الحمل» .

فالالدسوقي «فإن الحمل يقصد في البيع عادة وهو غرر إذ يحتمل حصوله وعدم
حصوله، وعلى تقدير حصوله فهل تسليم أمة عند الولادة أو ثقت» انظر في هذا (=)

يشترط عدم قصدة ، وعدم الشك فى قلته وكثرته ، فان كان شك فى كونه سيرا فالأقرب المنع^(١).

وعند الشافعية. يقول الهيثمى « يشترط العلم بالمعقود عليه عينا فى المعين ، وقدرا وصفة فيما فى الذمة للنهى عن بيع الغرر ، وقد لا يشترط العلم بالمعقود عليه للضرورة أو للمسامحة، أي فيغتفر الجهل كما فى اختلاط حمام البرجين ، وكما فى بيع الفقاع ، وماء السقاء فى الكوز»^(٢) ونقل عن النووي قوله «النهى عن بيع الغرر أصل من أصول الشرع يدخل تحته مسائل كثيرة جدا ، ويستثنى من بيع الغرر أمران: أحدهما: ما يدخل فى المبيع تبعا بحيث لو أفرد لم يصح بيعه ، والثانى: ما يتسامح بمثله إما لحقارته أو للمشقة فى تمييزه أو تعيينه ، ومن جملة ما يدخل تحت هذين الأمرين: بيع أساس البناء ، واللبن فى ضرع الدابة ، والحمل فى بطنها ، والقطن المحشو فى الجبة»^(٣).

(=) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٦٠ . وشرط فساد البيع بشرط الحمل أن يقصد استزادة الثمن أي يقصد البائع باشتراطه الحمل استزادة الثمن بأن كان مثلها لو كانت غير حامل تباع بأقل مما بيعت به وهذا يتأتى فى الدواب والآمة الوحش لا فى الآمة العليقة لأن الحمل لا يوجب زيادة ثمن العليقة بل يوجب نقصه. فان قصد باشتراطه التبرى من عيب الحمل جاز فى الحمل الظاهر ، ويلاحظ أن اشتراط الحمل للتبرى هذا لا يتأتى فى الدواب، وإنما يتأتى فى الآماء لأن البراءة من العيوب إنما تجوز فى الرقيق لاقى الدواب . انظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي السابق. والحنفية فى ظاهر الرواية جعلوا هذا الشرط مفسدا للعقد . فالكاسانى يذكر أن من الشروط خلو العقد عن الشروط الفاسدة، وأن من هذه الشروط شرط فى وجوده غرر ، كسواء ناقة على أنها حامل لأن المشروط يحتمل الوجود والعدم ولا يمكن الوقوف عليه للحال لأن عظم البطن والتحريك يحتمل أن يكون لعارض داء أو غيره فكان فى وجوده غرر فيوجب فساد البيع لما روى عن رسول الله - ﷺ - أنه نهى عن بيع وغرر ، والمنهى عنه فاسد . وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أن البيع بهذا الشرط جائز لأنها كونها حاملا بمنزلة شرط كون العبد كاتباً أو خياطاً ونحو ذلك ، وذلك جائز فكذلك هذا . بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٦٨ .

(١) انظر نصوصهم السابقة بالهامش.

(٢) تحفة المحتاج وحاشية الشروانى ج ٤ ص ٢٥٠ .

(٣) فتح البارى ج ٤ ص ٤١٨ ، نيل الاوطار ج ٦ ص ٢٣٠ ، ولقد بحثت عن مصدر (=)

وخلاصة القول في الغرر اليسير: أنه جائز مغتفر ، وقد وقع الاجماع على هذا في كثير من المسائل كما ذكرنا عن الفقهاء ، وذلك للحاجة والضرورة إذ البيع من أصله من الأمور المحاجية . فإذا دعت الحاجة إلى ارتكاب الغرر بحيث لا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة ، أو كان الغرر حقيرا وهو ما شأن الناس التسامح فيه ، جاز البيع ونحوه من عقود المعاوضات كالأجارة ، وإلا فلا . وقد رأينا أن المالكية يرون أن شرط العفو عن الغرر اليسير أن لا يكون مقصودا . فان قصد فلا عفو ، كما يرون أنه عند الشك في كونه يسيرا فان الأقرب عدم العفو . والله أعلم .

ثانيا: الجهالة والغرر الكثير:

الغرر الكثير هو ما لا يتسامح فيه الناس^(١) وهو مفسر للبيع ولا يغتفر بالاجماع . يقول الدردير « فخرج بقيد اليسارة الكثير كبيع الطير في الهواء والسّمك في الماء فلا يغتفر إجماعا »^(٢) ويقول الدسوقي « الغرر

(١) هذا النقل في مؤلفات الامام النووي فوجده في شرح مسلم لكن بعبارة أوسع حيث يقول « وأما النهى عن بيع الغرر فهو أصل عظيم من أصول كتاب البيوع ، ولهذا قدمه مسلم ، ويدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة ... وقد يحتمل بعض الغرر بيعا إذا دعت إليه حاجة كالمجهل بأساس الدار ، وكما إذا باع الشاة الحامل والتي في ضرعها لبن فانه يصح البيع لأن الأساس تابع للظاهر من الدار ، ولأن الحاجة تدعو إليه فانه لا يمكن رؤيته ، وكذا القول في حمل الشاة ولبنها ، وكذلك أجمع المسلمون على جواز بيع أشياء فيها غرر حقير . منها: أنهم أجمعوا على صحة بيع الجبة المحشوة وإن لم ير حشوها ، ولو بيع حشوها بانفراده لم يجز . وأجمعوا على جواز إجارة الدار ، والداية ، والثوب ونحو ذلك شهرا مع أن الشهر قد يكون ثلاثين يوما وقد يكون تسعة وعشرين . وأجمعوا على جواز دخول الحمام بالأجرة مع اختلاف الناس في استعمالهم الماء ، وفي قدر مكثهم ، وأجمعوا على جواز الشرب من السقاء بالعوض مع جهالة قدر المشروب واختلاف عادة الشاربين » شرح النووي على مسلم ج ١٠ ص ١٥٦ ، ١٥٧ ، وانظر سبل السلام ج ٣ ص ١٥ ، إدار الشروق مع الفروق ج ٣ ص ٢٧٤ .

(١) حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٦٠ .

(٢) الشرح الكبير ج ٣ ص ٦٠ ، وانظر نفس النص في حاشية العدوي على الخرشى ج ٥ ص

الكثير لا يغتفر إجماعا بل يفسد البيع»^(١) . وقد أرجع ابن العربي هذا القسم إلى باب أكل أموال الناس بالباطل ، فبعد أن بين وجوه أكل الأموال بالباطل في بيع الغرر كله قال «صح عن النبي - ﷺ - فيما لا يصح ستة وخمسون معنى نهى عنها ... التاسع: بيع الغرر ... ويرجع الغرر بالتحقيق إلى الباطل»^(٢) . ويقول النووي «وأما النهي عن بيع الغرر فهو أصل عظيم من أصول كتاب البيوع ، ولهذا قدمه مسلم ويدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة كببيع ... ونظائر ذلك . وكل هذا بيعه باطل لأنه غرر من غير حاجة ... وأجمعوا على بطلان بيع الأجنة في البطون ، والطير في الهواء»^(٣) .

هذا . وإذا كان الغرر الكثير مفسدا ومبطلا للبيع فإن بعض بيوعه منطوق بها ، وبيوع مسكوت عنها ، والمنطوق به أكثره متفق عليه أي على تحريره وإنما يختلف في شرح أسماؤها . وهي إنما أفردت بالذكر في النصوص لكونها من بيعات الجاهلية المشهورة^(٤) .

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير السابق ، الفروق وإدراك الشروق ج ٣ ص ٢٦٦ ، ٢٧١ .

(٢) أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ .

(٣) شرح مسلم النووي ج ١٠ ص ١٥٦ ، ١٥٧ ، وانظر فتح الباري ج ٤ ص ٤١٨ ، نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٠ ونصوص فقهاء المذاهب في ذلك كثيرة . ففي الهداية عند بيان أن الأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة لأن التسليم واجب بالعقد . قال «وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز . هذا هو الأصل» الهداية وشروحها ج ٥ ص ٤٦٨ ، وانظر . أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٥٦٨ . بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٦٣ ، ١٦٨ ، ١٧٤ ، شرح فتح القدير ج ٦ ص ٥٠ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٩٣ ، شرح جلال المعلى ج ٢ ص ١٦١ ، تحفة المحتاج وحواشيه ج ٤ ص ٢٥٠ ، حاشية الباجوري ج ١ ص ٣٤٦ ، روضة الطالبين ج ٣ ص ٥٨ ، المهذب ج ١ ص ٢٦٢ ، أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٨ ، زاد المعاد ج ٥ ص ٥٣٦ وما بعدها ، الروض المربع وحاشية العنقري ج ٢ ص ٣٦ ، الشرح الكبير للمقدسي ج ٤ ص ٢٧ ، المعلى لابن حزم ج ٢ ص ٢٨٧ مسألة ١٤٢٣ ، شرح النيل ج ٥ ص ٩٤ ، ٩٥ ، الجامع لابن بركة ج ٢ ص ٣٢٤ .

(٤) انظر بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٤ ، إدراك الشروق ج ٣ ص ٢٧٢ ، ويقول النووي: (=)

وخلاصة القول فى هذا النوع أنه مفسد للبيع بالاجماع.

(=) «إعلم أن بيع الملامسة ، وبيع المناهضة ، وبيع جبل الحبلية ، وبيع الحصاة ، وعسب الفحل ، وأشباهها من البيوع التى جاء فيها نصوص خاصة ، هى داخلية فى النهى عن بيع الفرر . ولكن أفردت بالذكر ونهى عنها لكونها من مبيعات الجاهلية المشهورة» شرح مسلم للنوى ج ١٠ ص ١٥٦ ، ١٥٧ ، وانظر سل السلام ج ٣ ص ١٥ .

ويقول القرافي ، وابن الشاط عند تقسيم الفرر باعتباره أثره إلى ثلاثة أقسام «... وكثير تمتع إجماعا كالطير فى الهواء» ثم يقول ابن الشاط : ومن ذلك جميع البيوع التى نهى عنها - **ثُمَّ** - كبيع جبل الحبلية لأنه إما عبارة عن بيع يؤجلونه إلى أن تنتج الناقة مافى بطنها ثم ينتج ما فى بطنها ، والفرر فى هذا من جهة جهل الأجل بين . وإما عبارة عن بيع جنين جنين الناقة ، وهذا من باب النهى عن بيع المضامين والملاقيح ، والمضامين هى مافى بطن الحوامل ، والملاقيح مافى ظهور الفحول ، وكبيع مالم يخلق ، وبيع الملامسة وكانت صورته فى الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره ، أو يبتاعه ليلا ولا يعلم مافيه ، وسبب تحريمه الجهل بالصفة ، وكبيع المناهضة ، وصورته أن ينهذ كل واحد من المتبايعين إلى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا بل كانوا يجعلون ذلك راجعا إلى الاتفاق ، وكبيع الحصاة صورته أن يقول المشتري : أي ثوب وقعت عليه الحصاة التى أرمى بها ، فهو لي وقيل أيضا : أنهم كانوا يقولون : إذا وقعت الحصاة من يدي فقد وقع البيع وهذا قمار . فهذه ونحوها كلها بيع جاهلية متفق على تحريمها وهى محرمة لكثير الفرر الحاصل من جهات الجهالة المذكورة . انظر الفروق ج ٣ ص ٢٦٥ ، ٢٦٦ ، وإدراك الشروق ج ٣ ص ٢٧١ .

وفى القوانين الفقهية لابن جزي : أن بيع الملامسة هو أن يلمس الثوب فيلزمه البيع بلمسه وإن لم يتبينه . ومن مجهول الصفة كقوله : بعتك ثوبا من منزلي ، أو بيع الشئ من غير تقليب ولا وصف . ومجهول الجنس كقوله : بعتك مافى كمي ، ومجهول المقدار كقوله : بعت منك بسعر اليوم أو بما يبيع الناس ، أو بما يقول فلان أو أهل الخبرة ، أو بالقيمة التى ستظهر فى السوق . وبيع المناهضة : هو أن ينهذ أحدهما ثوبه إلى الآخر ، وينهذ الآخر ثوبه إليه فيقع البيع بذلك . والنهذ هو الطرح ، القوانين الفقهية ص ٢٢٠ ، ٢٢١ ، وانظر فى أمثلة هذا النوع أيضا بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٤ وما بعدها ، الفروق ج ٣ ص ٢٦٥ ، ٢٦٦ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج ٣ ص ٥٥ ، ٥٦ ، شرح الحرشي وحاشية العدوى ج ٥ ص ٦٩ ، ٧٠ وما بعدها ، جواهر الاكليل ج ٢ ص ٢١ ، ٢٢ ، ٢٣ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٦٣ ، ١٦٨ ، ١٧٤ ، شرح مسلم للنوى ج ١٠ ص ١٥٦ ، ١٥٧ ، المذهب ج ١ ص ٢٦٢ ، روضة الطالبين ج ٣ ص ٥٨ ، الشرح الكبير للمقدسى ج ٤ ص ٢٧ ، أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٨ ، زاد المعاد ج ٥ ص ٥٣٦ ، الروض المربع وحاشية العنقرى ج ٢ ص ٣٦ ، شرح النيل ج ٨ ص ٩٧ ، ٩٥ ، الجامع لابن بركة ج ٢ ص ٣٤٢ ، فتح البارى ج ٤ ص ٤١٨ ، نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٠ ، سبل السلام ج ٣ ص ١٤ ، ١٥ .

ثالثا: الجهالة. والغرر المتوسط:

هذا هو النوع الثالث من أنواع الغرر ، وهو الغرر المتوسط.

وهذا النوع قد اختلف فيه ، هل يلحق بالأول وهو القليل اليسير فيعفى عنه ، أم يلحق بالثاني وهو الكثير فيكون ممنوعا؟ وهل لارتفاعه عن القليل يلحق بالكثير ، ولانحاطه عن الكثير يلحق بالقليل؟.

هذا هو سبب اختلاف الفقهاء فى فروع الغرر والجهالة^(١).

ضابط صحة البيع وفساده مع الغرر كما ذكره النووي:

يقول النووي: قال العلماء: مدار البطلان بسبب الغرر ، والصحة مع وجوده هو أنه إذا دعت حاجة إلى ارتكاب الغرر ، ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة وكان الغرر حقيرا جاز البيع وإلا فلا . وما وقع فى بعض مسائل الباب من اختلاف العلماء فى صحة البيع فيها وفساده كبيع العين الغائبة^(٢) مبني على هذه القاعدة فبعضهم يرى أن الغرر حقير فيجعله كالمعدوم فيصح البيع ، وبعضهم يراه ليس بحقير فيبطل البيع^(٣).

ومن المختلف فيه بيع القمح مع سنبله فأجازه المالكية ، ومنعه الشافعى فلم يغتفر الجهل واغتفره المالكية ، وكذلك بيع الفول الأخضر والجوز واللوز فى القشر الأعلى أجازه المالكية ، ومنعه الشافعى^(٤) وستأتى هذه المسألة فى بيع المستتر.

(١) الفروق ج٣ ص ٢٢٦ ، إدرار الشروق ج٣ ص ٢٧١.

(٢) يجوز عند المالكية بيع الشئ الغائب على الصفة أو رؤية متقدمة ، وأجازه أبو حنيفة من غير صفة ولا رؤية ، ومنعه الشافعى مطلقا . ولجوازه عند المالكية خمسة شروط . أنظر القوانين الفقهية ص ٢٢٠ . بدائع الصنائع ج٥ ص ١٦٣ ، تحفة المحتاج ج٤ ص ٢٥٠ ، شرح المحلى وجاشية قليوبى وعميرة ج٢ ص ١٦١.

(٣) شرح مسلم للنووي ج١٠ ص ١٥٦ ، ١٥٧.

(٤) القوانين الفقهية ص ٢٢٠ ، ٢٢١ . بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣٩.

ومن المختلف فيه أيضا شراء أنثى الحيوان على شرط أنها حامل.
فظاهر الرواية عند الحنفية المنع للغرر ، وأجازه أبو حنيفة في رواية الحسن
ابن زياد عنه فهو بمنزلة شرط كون العبد كاتباً أو خياطاً ونحو ذلك وإذا جاز
فكذا هذا . وللمالكية تفصيل في هذه المسألة^(١).

النهي عن بيع الغرر ، وعلة النهي ، والرد على من قال بجوازه :

لقد وردت أحاديث عدة في النهي عن بيع الغرر . منها عن ابن
مسعود مرفوعاً عند الامام أحمد ، ومنها عن أبي هريرة مرفوعاً عند الجماعة
إلا البخاري ، ومنها عن ابن عمر عند أحمد وابن حبان ، ومنها عن ابن
عباس عند ابن ماجة ، ومنها عن سهل بن سعد عند الطبراني . نذكر هنا ما
رواه الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة أن النبي - ﷺ - « نهى عن بيع
الحصاة وعن بيع الغرر »^(٢).

فهذا الحديث وغيره مما لم نذكره متفقة على أن الغرر منهي عنه ،
وخصه العلماء بالغرر الكثير كما تقدم في أقسام الغرر . وهل النهي هذا
يقتضى بطلان البيع وفساده ؟ يجيب الشوكاني فيقول « والأحاديث المذكورة
في الباب تقتضى بطلان البيع لأن النهي يستلزم ذلك كما تقرر في
الأصول »^(٣).

وأما علة النهي عن الغرر في البيوع فهي الجهالة المفضية إلى

(١) وقد سبقت هذه المسألة بهامش النوع الأول من الغرر « الغرر اليسير » وانظر الشرح الكبير
وحاشية الدسوقي ج ٣ ص ٦٠ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٦٨ ، ١٧٤ .

(٢) منتقى الأخبار ج ٦ ص ٢٢٩ « باب النهي عن بيع الغرر » بلوغ المرام مع شرحه سبل
السلام ج ٣ ص ١٥ ، صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ١٥٦ ، ١٥٧ ، سنن ابن
ماجة ج ٢ ص ٧٣٩ ، سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٥٢ ، وانظر نبيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٠ ،
فتح الباري ج ٤ ص ٤١٨ ، المحلى لابن حزم ج ٧ ص ٣٠١ ، ٣٠٢ مسألة ١٤٢٨ .

(٣) نبيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣١ .

المنازعة، وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز^(١).

وعلل ابن العربي النهى عن بيع الغرر بأنه من أكل أموال الناس بالباطل قال «ويرجع الغرر بالتحقيق إلى الباطل»^(٢).

وذكر العدوي في حاشيته أنه قد اختلف في علة الغرر «واعلم أنه اختلف في علة الغرر فقييل: أكل أموال الناس بالباطل ، وقيل: لما يؤدى إليه من النزاع ، وقيل: لعدم القدرة على تسليمه»^(٣).

أقول: لا مانع من أن تكون علة النهى عن الغرر ذلك كله فعدم القدرة على التسليم تفضى إلى المنازعة كما تفضى إلى أكل أموال الناس بالباطل وفى ذلك يقول الصنعانى «قالوا: وعلة النهى كونه معدوم ومجهول، وغير مقدور على تسليمه ، وهذا داخل فى بيع الغرر» قال ذلك عند شرحه لحديث النهى عن بيع حبل الحيلة^(٤).

وأما الرد على من أجاز بيع الغرر. فنقول: قد روى الطبرى عن ابن سيرين باسناد صحيح قال: لا أعلم ببيع الغرر بأسا^(٥) ويقول ابن حزم «وقد أباحه بعض السلف: ... عن ابن سيرين عن شريح أنه كان لا يرى

(١) الهداية وشروجهما ج٥ ص ٤٦٨ ، حاشية الشلبى ج٤ ص ٤٣ ، بدائع الصنائع ج٥ ص

١٦٣ ، لكن ليس يلزم أن مالم يفض إليها يصح معها بل لابد مع عدم المفضية إلى المنازعة فى الصحة من كون البيع على حدود الشرع ، ألا يرى أن المتبايعين قد يتراضيان على شرط لا يقتضيه العقد ، وعلى بيع بأجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك مصححا ، شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩٣ ، مجمع الأنهر ج٢ ص ٢٠.

(٢) أحكام القرآن ج١ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، قاله عند بيان وجوه أكل أموال الناس بالباطل فى تفسيره الآية الرها فى سورة البقرة.

(٣) حاشية العدوى على شرح الخرشى ج٥ ص ٧٥ مجلد ٣ ، ولاحظ نيل الأوطار ج٦ ص ٢٣ ، وسبل السلام ج٣ ص ١٤.

(٤) سبل السلام السابق ، ولاحظ نيل الأوطار السابق.

(٥) فتح البارى ج٤ ص ٤١٨.

بأساً ببيع الغرر إذا كان علمهما فيه سواء ، وكما روينا ... عن عبد الله ابن عون عن محمد بن سيرين قال: لأعلم ببيع الغرر بأساً^(١).

قال ابن بطلال: لعله لم يبلغه النهي، وإلا فكل ما يمكن أن يوجد وأن لا يوجد لم يصح ، وكذلك إذا كان لا يصح غالباً ، فإن كان يصح غالباً كالثمرة فى أول بدو صلاحها أو كان مستترا تبعا كالحمل مع الحامل جاز لقلة الغرر، ولعل هذا هو الذي أراده ابن سيرين ، إلا أن الحافظ فى الفتح قال: لكن منع من ذلك - أي من إرادة ابن سيرين لتوجيه ابن بطلال لكلامه - أن ابن المنذر روى عن ابن سيرين أنه قال: لا بأس ببيع العبد الآبق إذا كان علمهما فيه واحداً^(٢)، فهذا يدل على أنه يرى بيع الغرر إن سلم فى المال^(٣).

والحق أنه إذا كثر الغرر فى البيع كان هذا البيع محرماً لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾^(٤)، وبيع الغرر فيه أخذ مال الغير ظلماً وهو نوع من الباطل الذي نهانا الله عنه ، وهو أيضاً محرم بسنة رسول الله - ﷺ - المتقدم ذكرها . فاذا وقع بيع الغرر الكثير وجب فسخه ورد المبيع إلى بائعه ، وأخذ المشتري الثمن ، فإن هلك وجب رد قيمته^(٥).

والى هنا نصل إلى نهاية التمهيد . وننتقل الآن إلى الفصل الأول من البحث وهو «حكم بيع الثمار على أشجارها قبل أن تخلق».

(١) المحلى ج٧ ص ٣٠١ مسألة ١٤٢٨ ، وفيه: عن ابراهيم قال: من الغرر ما يجوز ، ومنه ما لا يجوز ، فأما ما يجوز فشراء السلعة المريضة ، وأما ما لا يجوز فشراء السمك فى الماء . وقد روينا إجازة بيع السمك فى الماء قبل أن يتصيد عن عمر بن عبد العزيز ، وبه يقول ابن أبى ليلى ... ثم إن ابن حزم ناقش قول ابراهيم . انظر المحلى السابق.

(٢) ذكرنا هنا عن ابن حزم أن شريفاً هو القائل بهذا وقد رواه عنه ابن سيرين.

(٣) فتح البارى ج٤ ص ٤١٨ ، ولا حظ المحلى ج٧ ص ٣٠١ ، ٣٠٢ مسألة ١٤٢٨.

(٤) سورة البقرة جزء من الآية: ١٨٨.

(٥) أ.د. رمضان حافظ عبد الرحمن فى نظرية الغرر فى عقد البيع ص ٤١ ، ٤٢ بحث بمجلة

كلية الشريعة والقانون - جامعة القاهرة ، العدد الثالث ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م.

الفصل الأول

حكم بيع الثمار^(١) على أشجارها^(٢) والزرع فى أرضها قبل أن تخلق

وفيه مبحثان .

المبحث الأول: النص الحاكم للموضوع.

المبحث الثانى: موقف الفقهاء من حكم بيع الثمار على أشجارها
والزرع فى أرضها قبل أن تخلق.

(١) الثمار: يجمع على ثمر مثل كتاب وكتب ثم يجمع على أثمار مثل عنق وأعناق ،
والشجرة بفتحين مؤنث والجمع ثمرات ففي التنزيل ﴿فَأَخْرَجَ بِهِ مِنَ الثَّمَرَاتِ رِزْقًا
لَكُمْ﴾ والثمر هو حُمل الشجرة سواء أكل أو لا . فيقال: ثمر الأراك ، وثمر القوسج وثمر
الدَّوم ، كما يقال: ثمر النخل وثمر العنب ، ويدخل فى الثمرة: الورد ، والباسمين
ونحوهما من المشومات كما فى حاشية ابن عابدين نقلا عن شرح فتح القدير . أنظر .
المصباح المنير ج١ ص ٧٤ ، «كتاب الثاء» ، مختار الصحاح ص ٥٣ ، تفسير القرطبي
ج١ ص ١٦٠ ، الروض المربع بحاشية العنقري ج٣ ص ١٢٣ ، كشف القناع ج٢ ص
٢٧٢ ، ٢٧٤ ، أسنى المطالب ج٢ ص ٩٥ ، تحفة المحتاج وحاشية الشرواني ج٤ ص
٤٢٨ ، شرح الزركشى ج٢ ص ٤٨٩ ، شرح النيل ج٨ ص ١٠٧ ، حاشية ابن عابدين
ج٤ ص ٢٨ ، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٥٩ ، ٢٦١ .

(٢) النبات على ضربين: شجر وزرع . فأما الشجر ، فهو ما كان على ساق ، الحادى الكبير
ج٦ ص ٢٠٠ ، وفى المحيط: كل ماله ساق ولا يقطع أصله كان شجرا ، حاشية ابن
عابدين ج٤ ص ٣٧ ، فالشجر ماله ساق صلب يقوم به كالنخل وغيره . والواحدة شجرة
ويجمع أيضا على شجرات وأشجار ... المصباح المنير ج١ ص ٣٠٥ (كتاب الشين) ،
لسان العرب ج٢ ص ٢٧١ ، ج٣ ص ٦٠٤ ، مختار الصحاح ص ١٧٥ ، تفسير
القرطبي ج١ ص ٢٠٩ ، شرح النيل ج٨ ص ١١٤ .

المبحث الأول

النص الحاكم لبيع الثمار

على أشجارها والزرع في أرضها قبل أن تخلق

أقول هناك عدة أحاديث تعلق بها الفقهاء لبيان حكم بيع الثمار قبل أن تخلق على أشجارها . وهذه الأحاديث على نوعين ، النوع الأول: أحاديث النهى عن بيع السنين والمعاومة . النوع الثانى: أحاديث النهى عن الفرر .

أولا: أحاديث النهى عن بيع السنين وبيع المعاومة . ومنها:

١- روى مسلم عن جابر رضى الله عنه أنه قال «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الأرض البيضاء سنتين أو ثلاثا» وفى لفظ قال «نهى النبي ﷺ عن بيع السنين» وفى رواية ابن أبى شيببة «عن بيع الثمر سنين»^(١).

٢- عن جابر بن عبد الله قال «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمعاومة والمخابرة» وفى لفظ بدل المعاومة «وعن بيع السنين»^(٢) والحديث عند مسلم عن جابر بلفظ «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمعاومة والمخابرة» «قال أحدهما: بيع السنين هي المعاومة» وعن الثنيا ورخص فى العرايا»^(٣).

فأحد رواة الحديث قال: بيع السنين هي المعاومة. ووافقه النووي حيث

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ٢٠٠ باب كراء الأرض ورواه ابن حزم من طريق أحمد بن شعيب عن جابر «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمر السنين» المحلى ج ٧ ص ٢٨١ مسألة ١٤٢٢ ، ولاحظ الأم للشافعى ج ٢ ص ٤٨ مجلد ٢/ باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار.

(٢) منتقى الأخبار ج ٦ ص ٢٦١ باب النهى عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ١٩٥ البيوع المنهى عنها.

ترجم بقوله «باب النهى عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها» وعن بيع المعاومة وهو بيع السنين»^(١).

٣- روى مسلم عن جابر «نهى رسول الله - ﷺ - عن كراء الأرض وعن بيعها السنين، وعن بيع الثمر حتى يطيب»^(٢).

٤- وعند ابن ماجه عن جابر «أن رسول الله - ﷺ - نهى عن بيع السنين»^(٣).

٥- وعند أبى داود عن جابر «أن النبى - ﷺ - نهى عن بيع السنين و«ضع الجوانح» وفى لفظ عن جابر «أن النبى - ﷺ - نهى عن المعاومة . وقال أحدهما: بيع السنين»^(٤).

٦- وعند الترمذي من حديث جابر «أن النبى - ﷺ - نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة ، ورخص فى العرايا»^(٥).

أقول: فالنهى عن بيع السنين وبيع المعاومة رواه جابر بن عبد الله عن النبى - ﷺ - ، وإن اختلفت فيه الفاظ رواة الحديث كما هو ظاهر.

٧- روى البعض حديثا «أنه - ﷺ - نهى عن بيع المعدوم» ذكر ذلك ابن القيم ثم قال «وهذا الحديث لا يعرف فى شئ من كتب الحديث، ولا له أصل ، والظاهر أنه مروى بالمعنى من هذا الحديث»^(٦).

(١) شرح النووي السابق.

(٢) مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ١٩٦ باب كراء الأرض.

(٣) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٤٧ باب بيع الثمار سنين والجائنة.

(٤) سنن أبى داود ج ٣ ص ٢٥١ ، ٢٥٢ باب فى بيع السنين.

(٥) سنن الترمذي ج ٣ ص ٥٦ باب ما جاء فى المخابرة والمعاومة.

(٦) يعنى حديث حكيم بن حزام فى السنن والمستند . قال: قلت: يا رسول الله يأتينى الرجل

يسألنى من البيع ما ليس عندى فأبيعه منه ، ثم ابتاعه من السوق فقال «لاتبع ما ليس

عندك» قال الترمذي: حديث حسن. وفى السنن نحوه من حديث ابن عمر (ـ)

٨- عن ابن عباس أن رسول الله - ﷺ - «نهى عن بيع النخل سنتين أو ثلاثة أو يشتري في رؤوس النخل بكيل أو تباع الشمرة حتى يبدو صلاحها» رواه البزار ، وحسن اسناده ، وفيه الحجاج بن أرطاة ، وهو ثقة ، ولكنه مدلس (١).

٩- عن سمرة: أن رسول الله - ﷺ - «نهى عن بيع السنتين» رواه الطبراني في الكبير، ورجاله موثقون (٢).

ثانياً: أحاديث النهى عن بيع الغرر. ومنها:

١- ما رواه الخمسة إلا البخاري عن أبي هريرة. أن النبي - ﷺ - «نهى عن بيع الحصة وعن بيع الغرر» (٣).

٢- عن ابن مسعود . أن النبي - ص - قال «لا تشتروا السمك في الماء فانه غرر» رواه أحمد (٤). وهذا الحديث في إسناده يزيد بن أبي زياد عن المسيب بن رافع عن ابن مسعود. قال البيهقي: فيه ارسال بين المسيب وعبد الله، والصحيح وقفه، وقال الدارقطني في العلل: اختلف فيه، والموقوف أصح ، وكذلك قال الخطيب وابن الجوزي.

(١) رضى الله عنه ولفظه «ولا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح مالم تضمن ، ولا بيع ماليس عندك» قال الترمذي: حديث حسن صحيح. فاتفق لفظ الحديثين على نهيه - ﷺ - عن بيع ماليس عنده ، فهذا هو المحفوظ من لفظه - ﷺ - وهو يتضمن نوها من الغرر. أنظر . زاد المعاد ج ٥ ص ٥٣٦.

(١) مجمع الزوائد ج ٤ ص ١٨٧ باب بيع الشمرة أكثر من سنة.

(٢) المصدر السابق.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ١٥٦ ، ١٥٧ ، منتقى الأخبار ج ٦ ص ٢٢٩ باب النهى عن بيع الغرر ، بلوغ المرام ، ج ٣ ص ١٥ . سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٣٩ . سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٥٢ باب بيع الغرر ، سنن الترمذي ج ٣ ص ١٤ باب ما جاء في كراهية بيع الغرر ، مجمع الزوائد ج ٤ ص ١٨٨ باب بيع الملائع والمضامين وحمل الحيلة ، نصب الرأية ج ٤ ص ١٠ ، ١١ باب البيع الفاسد ، المحلى لابن حزم ج ٧ ص ٣٠١ مسألة ١٤٢٨ ، الأم للشافعي ج ٣ ص ٨٧ مجلد ٢ باب في أمور متفرقة.

(٤) منتقى الأخبار ج ٦ ص ٢٣٠ باب النهى عن بيع الغرر.

قال الشوكاني: ويشهد لهذا الحديث ما روى مرفوعاً في النهي عن بيع السمك في الماء ، رواه أبو بكر بن أبي عاصم عن عمران بن حصين^(١).

٣- عن ابن عباس قال «نهى النبي - ﷺ - أن يباع ثمر حتى يطعم ، أو صوف على ظهر ، أو لبن في ضرع ، أو سمن في لبن» رواه الدارقطني^(٢) وفي لفظ لابن ماجه عن عطاء عن ابن عباس قال «نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع الغرر» قال في الزوائد: في إسناده أيوب بن عتبة ، ضعيف^(٣)، هذا. وقد ثبت النهي عن بيع الغرر في أحاديث كثيرة ذكر منها صاحب منتقى الأخبار تسعة أحاديث. وقال الشوكاني: وقد ثبت النهي عن بيع الغرر في أحاديث منها المذكور في الباب ، ومنها عن ابن عمر عند أحمد وابن حبان ، ومنها عن ابن عباس عند ابن ماجه ، ومنها عن سهل بن سعد عند الطبراني^(٤).

وقد ترجم البخاري فقال «باب بيع الغرر وحبل الحبلة» وعلق على هذه الترجمة الحافظ في الفتح فقال: ثم إن عطف بيع حبل الحبلة على بيع الغرر من عطف الخاص على العام ، ولم يذكر في الباب بيع الغرر صريحا ، وكأنه أشار إلى ما أخرجه أحمد عن نافع عن ابن عمر قال «نهى النبي - ﷺ - عن بيع الغرر»^(٥).

أقول: وأحاديث النهي عن الغرر ، وإن كان في بعضها كلام إلا أن الصحيح منها يشهد للضعيف . وهي متفقة على أن الغرر منهي عنه ، إلا

(١) نيل الأوطار ج٦ ص ٢٣٠.

(٢) منتقى الأخبار ج٦ ص ٢٣٢ ، ذكره في باب النهي عن الغرر.

(٣) سنن ابن ماجه ج٢ ص ٧٣٩.

(٤) نيل الأوطار ج٦ ص ٢٣٠ ، فتح الباري ج٤ ص ٤١٨.

(٥) فتح الباري ج٤ ص ٤١٨.

أن العلماء كما تقدم^(١) خصوا النهي بالفرر الكثير.

ولنا في أحاديث النهي عن بيع السنين ، وأحاديث النهي عن بيع الفرر أمران يلزم بيانهما . الأول: معنى الفرر ، وأنواعه ، وعلة النهي عنه ، وكل ذلك قد تقدم في التمهيد . الثاني: معنى بيع السنين وبيع المعاومة وهو ما سنوضحه هنا .

معنى بيع السنين وبيع المعاومة:

السنة واحدة السنين وأصلها «السنة» بوزن الجبهة . وفي نقصان السنة قولان: أحدهما الواو ، والآخر الهاء . وتقول: أسنى القوم إذا لبثوا في موضع سنة^(٢) . والعام: السنة . وعامه معاومة كما تقول مشاهرة . ونبت عامي أي يابس أتى عليه عام . وقيل: المعاومة المنهى عنها أن تباع زرعة عامك^(٣) . وفي المصباح: السنة: الحول وهي محذوفة اللام وفيها لغتان . إحداهما جعل اللام هاء . والأصل «سَنَّة» وتجمع على سنهات مثل سجدة وسجدات . والثانية: جعلها واو ، والأصل «سَنَوَة» وتجمع على «سنوات» مثل شهوة وشهوات ، وتجمع «السنة» على «سنون» و «سنين» كجمع المذكر السالم . والسنة عند العرب أربعة أزمنة ، وربما أطلقت «السنة» على الفصل الواحد مجازا ، يقال دام المطر «السنة» كلها ، والمراد الفصل^(٤) .

ولاتفق عوام الناس بين «العام والسنة ويجعلونهما بمعنى فيقولون

(١) راجع في التمهيد أنواع الفرر .

(٢) مختار الصحاح ص ١٦٩ ، ١٧٠ (س ن هـ) (س ن ا)

(٣) المصدر السابق ص ٢٤١ ، ٢٤٢ (ع و م) وانظر المصباح المنير ج ٢ ص ٤٣٨ كتاب العين ، وقال القتيبي: يقال للنخلة إذا حملت سنة ولم تحمل سنة قد عاومت وسانته ، ويقال: عاملت فلانا معاومة ومسانهة ومساناة ومياومة وملائلة ومجاينة ومشاتاة ومصايغة ومداهرة ومزامنة حكى ذلك كله أبو عبيد عن الكاساني ، انظم المستعذب ج ١ ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ بهامش المذهب للشيرازي .

(٤) المصباح المنير ج ١ ص ٢٩٢ كتاب السين .

لمن سافر فى وقت من السنة أي وقت كان إلى مثله «عام» . قال ابن الجوزي: وهو غلط والصواب ما أخبرت به عن أحمد بن يحيى أنه قال: السنة من أي يوم عدده إلى مثله. أما «العام» فلا يكون إلا شتاء وصيفا . وفى التهذيب أيضا «العام» حول يأتى على شتوه وصيفه، وعلى هذا «العام» أخص من السنة فكل عام سنة، وليس كل سنة عاما، وإذا عدت من يوم إلى مثله فهو سنة وقد يكون فيه نصف الصيف ونصف الشتاء. و «العام» لا يكون إلا صيفا وشتاء متواليين^(١).

هذا عن معنى السنة، والعام فى اللغة.

أما عن بيع السنين وبيع المعاومة فله تفسيران عند الفقهاء.

الأول: المعاومة هى بيع ثمر الشجر أعواما كثيرة ، وهى مشتقة من العام كالمشاهرة من الشهر ، وقيل: هى اكتراء الأرض سنين . وكذلك بيع السنين: هو أن يبيع ثمر النخلة لأكثر من سنة فى عقد واحد.

الثانى: وذكر الرافعي وغيره لذلك تفسيراً آخر ، وهو أن يقول: بعثك هذا سنة، على أنه إذا انقضت السنة فلا بيع بيننا ، وأرد أنا الثمن وترد أنت المبيع^(٢).

يقول النووي فى الروضة فى باب البيوع المنهى عنها «ومنها بيع السنين ، وله تفسيران . أحدهما: بيع ثمرة النخلة سنين . والثانى أن يقول: بعثك هذا سنة ، على أنه إذا انقضت السنة فلا بيع بيننا فترد إلى المبيع ، وأرد إليك الثمن»^(٣).

(١) المصدر السابق ج ٢ ص ٤٣٨ كتاب العين.

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٣ ، وانظر. بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٦ ، شرح صحيح مسلم للنووي ج ١٠ ص ١٩٣ ، الابيضاح للشماخي ج ٥ ص ٥٨ ، شرح النيل ج ٨ ص ١٠٨ .

(٣) روضة الطالبين ج ٢ ص ٦٠

وفى الأسنى على الروض فى البيوع المنهى عنها «بيع السنين»
للنهي عنه رواه مسلم «وهو بيع ثمرة النخل سنين أو تحديد البيع "كبعثك"
هذا "سنتين فاذا انقضتا فلا بيع" بيننا^(١).

ويقول أطفيش من الابهاضية «بيع المعاومة: وهو بيع غلة النخل أو
الشجرة أو غلة الأرض عاما أو عامين أو ثلاثا أو أكثر قبل أن تخلق، ويطلق
على بيع الشئ مطلقا عاما فصاعدا»^(٢). والابهاضية يسمون هذا البيع
«بيع القبالة» يقول ابن بركة فى باب البيوع المنهى عنها: ومن طريق جابر
بن عبد الله الأنصارى: أن النبى - ﷺ - «نهى عن بيع السنين» وهو أن
يبيع الرجل سنين ، وهي التى تسميها أصحابنا «القبالة»^(٣).

وفى النظم المستعذب «نهى عن بيع المعاومة وبيع السنين» هو أن
يبيعه عرّة عام أو عامين أو سنة أو سنتين أو ثلاث^(٤).

أقول: مما تقدم يتضح أن للفقهاء فى تفسير بيع السنين وبيع المعاومة
تأولين والنهى يشملهما. وأكثر الفقهاء على أنه: بيع ثمر الشجر أو زرع
الأرض أعواماً أو سنين ، وبطبيعة الحال كما هو ظاهر ومفهوم أن هذا أو ذاك
لم يكن له وجود بعد.

(١) أسنى الطالب ج٢ ص ٣١.

(٢) شرح التيل ج٨ ص ١٠٨.

(٣) الجامع لابن بركة ج٢ ص ٣٢٦.

(٤) النظم المستعذب ج١ ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ بهامش المذهب للشيرازي الشافعي.

المبحث الثاني

موقف الفقهاء من حكم بيع الثمار على أشجارها والزرع في أرضها مفردة قبل أن تخلق

أطبق فبقها المذاهب الأربعة. الحنفية^(١) والمالكية^(٢)

(١) يقول الكاساني في شروط المعقود عليه «وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع منها: أن يكون موجودا فلا يتعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم كبيع نتاج التناج بأن قال: بعت ولد ولد هذه الناقة، وكذا بيع الحمل لأنه إذا باع الولد فهو بيع المعدوم، وإن باع الحمل فله خطر المعدوم... وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لأنهما معدوم» بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٨.

ويقول ابن الهمام في مذهبه «لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر» شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٨٨، ج ٦ ص ٤١.

وفي الأشياء «بيع المعدوم باطل إلا فيما يستجره الانسان من البقال إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها فانها جائزة استحسانا» وقد اعترض الحموي على المستثنى هنا بأنه ليس هذا بيع معدوم وإنما هو من باب ضمان المتلفات باذن مالِكها عرفا تسهيلا للأمر، ودفعاً للحجر كما هو العادة، الأشياء والنظائر لابن نجيم ص ٢١، وطبعة أخرى معها غمز عيون البصائر ج ٢ ص ٢٨١، ٢٨٢.

ويقول الباهرتي «بيع الثمر على الشجر لا يخلو إما أن يكون قبل الظهور، أو بعده، والأول لا يجوز» شرح العناية ج ٥ ص ٤٨٨.

وفي مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٧ «بيعها قبل البدو لا يصح اتفاقا» والبدو بالضميتين وتشديد الواو: الظهور. وفي ص ١٩ «... أن لا يخرج شئ منه فانه لا يجوز بيعه اتفاقا» أ. ه. مجمع.

وفي الدر المختار «أما قبل الظهور فلا يصح اتفاقا» قال ابن عابدين «أشار إلى أن البروز بمعنى الظهور، والمراد به انفراك الزهر عنها وانعقادها ثمرة وإن صغرت» الدر المختار وعليه حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٩.

(٢) في موارد الفرر من جهة الجهالة جاء في التهذيب «... فهذه تسعة موارد للفرر من جهة الجهالة وهي ترجع إلى ثلاثة أقسام للفرر من جهة الجهالة. الأول: كثير ممتنع اجماعا... وكبيع مالم يخلق» تهذيب الفروق ج ٣ ص ٢٧١ الفرق الثالث والتسعون والمائة بين قاعدة المجهول وقاعدة الفرر.

ويقول ابن رشد عند كلامه عن البيوع المنهى عنها «بيوع منطوق بالنهي عنها: فأما المنطوق به في الشرع فمنه... نهيه عن بيع مالم يخلق... ومنها نهيه عن المعاملة» بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٤.

والشافعية^(١) والحنابلة^(٢) ومعهم الظاهرية^(٣) والاباضية^(٤) على أنه يحرم بيع الثمار على أشجارها قبل أن تخلق وأن هذا البيع لا يصح بل هو بيع باطل ولا ينعقد. والزرع قبل ظهوره كالشمر.

(=) ويقول ابن جزى «الباب الخامس فى بيع الفرور هو ممنوع للنهي عنه إلا أن يكون مسيرا جدا فيفتقر . والفرور الممنوع على عشرة أنواع، النوع الأول: تعذر التسليم ... ومنه ... وكذلك بيع مالم يخلق» القوانين الفقهية ص ٢٢٠.

(١) فى الأسنى على الروض فى البيع المنهى عنها «وبيع السنين» للنهى عنه رواه مسلم «وهو بيع ثمرة النخل سنين أو تحديد البيع كبعثك» هذا «ستين فاذا انقضت فلا بيع» بيننا . والبطلان فيه لعدم المبيع وللتأقيت. أسنى المطالب ج ٢ ص ٣١. وفى الأم روى الربيع عن الشافعي بسنده عن جابر بن عبد الله أن رسول الله - ﷺ - «نهى عن بيع السنين» وروى الشافعي عن سفيان عن أبي الزبير عن جابر عن النبي - ﷺ - مثله. وقال: وبهذا كله نقول. الأم ج ٢ ص ٤٨ باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار.

ويقول العز بن عبد السلام «الشرع منع من بيع المعدوم وأجارته وهبته لما فى ذلك من الفرور وعدم الحاجة» قواعد الاحكام ج ٢ ص ٢٩٣ . قاعدة اختلاف أحكام التصرفات لاختلاف مصالحها.

ويقول الشيرازي «ولا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التى لم تخلق» المهذب ج ١ ص ٢٦٢ وانظر شرح مسلم للنووي ج ١ ص ١٩٣.

(٢) يقول البهوتى «ومالم يخلق لم يجز بيعه» الروض المربع ج ٢ ص ١٣١ . وانظر كشف القناع ج ٢ ص ١٦٢ ، زاد المعاد ج ٥ ص ٥٣٨.

(٣) يقول ابن حزم «وجوز بيع ما ظهر ... ولا يحل بيع مالم يظهر بعد لأن كل ذلك بيع مالم يخلق، ولعله لا يخلق - وإن خلق فلا يدري أحد غير الله تعالى ما كميته ولا ما صفاته فهو حرام بكل وجه ، وبيع غرر ، وأكل مال بالباطل» المحلى ج ٧ ص ٣١١ مسألة ١٤٣٦.

(٤) يقول الشماخي «أما القسم الأول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء متفق على تحريمه لأنه من باب بيع المعاومة وبيع السنين وهو بيع الشئ أعواما» الإيضاح ج ٥ ص ٥٨

ويقول أطفيش بعد ذكره لمحة من يسوع الفرور المنهى عنه «فيكون بيع العرجون قبل وجوده حراما بالاجماع للجهل بوجوده، ولأنه من بيع المعاومة» شرح النيل ج ٨ ص ١٠٢.

وفى موطن آخر يقول «بيعه قبل الخلق ممنوع إجماعا سواء شرط القطع أم لا ...» شرح النيل السابق ص ١٠٨.

الأدلة على حرمة وبطالان بيع الثمار قبل أن تخلق ، والزرع قبل أن تظهر:

هناك أدلة على الحرمة والبطالان من السنة ، والاجماع ، والمعنى .
أولاً: من السنة المطهرة . والاحاديث في هذا الصدد نوعان كما هو الاستقراء لأدلة الفقهاء .

أ- أحاديث النهي عن بيع الغرر:

استدلوا بحديث أبي هريرة الذي رواه الخمسة إلا البخاري أن النبي - ﷺ - « نهى عن بيع الحصة وعن بيع الغرر » وكذلك غيره من أحاديث النهي عن بيع الغرر ، والتي ذكرناها في النص الحاكم ^(١) .

ووجه الدلالة من هذه الأحاديث: أن بيع الثمار قبل أن تخلق هو بيع المعلوم، وهذا غرر فاحش فيكون البيع باطلاً. يقول الشوكاني في عده لبيع الغرر « ومن جملة بيع الطير في الهواء ، وهو مجمع على ذلك، والمعلوم والمجهول والآبق وكل ما فيه الغرر بوجه من الوجوه ... والأحاديث المذكورة في الباب تقتضي بطلان البيع ، لأن النهي يستلزم ذلك كما تقرر في الأصول » ^(٢) .

(١) راجع أحاديث النهي عن الغرر بالنص الحاكم.

(٢) نيل الأوطار ج٦ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ وانظر . المحلى ج٧ ص ٣١١ مسألة ١٤٣٦ . سبل السلام ج٣ ص ١٤ ، شرح مسلم للنووي ج١٠ ص ١٩٣ ، القوانين الفقهية ص ٢٢٠ ، تهذيب الفروق ج٣ ص ٢٧١ الفرق (١٩٣) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ج٢ ص ٢٩٣ ، ٣١٨ ، ٣١٩ ، روضة الطالبين ج٣ ص ٢٠ ، ٥٨ . زاد المعاد مجلد ٥/ ص ٥٤٤ وما بعدها ، مختصر المزني ج٨ ص ١٢٩ ، الأم ج٣ ص ٨٧ مجلد ٢/ ، وشرح الزركشي ج٣ ص ٦٢٦ ، ٦٢٧ ، وغير ذلك من المصادر السابقة بهامش المذهب الفقهية.

وأما ما روى عن رسول الله - ﷺ - أنه « نهى عن بيع المعلوم » فإنه لم يصح . يقول ابن القيم في معرض كلامه عن حديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان « وقد ظن بعض الناس أنه إنما نهى عنه لكونه معدوماً ، فقال: لا يصح بيع المعلوم ، وروى في ذلك (=)

ويقول الشيرازي: «ولا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التي لم تخلق لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي - ﷺ - نهى عن بيع الغرر. والغرر ما انطوى عنه أمره وخفى عليه عاقبته ... والمعدوم قد انطوى عنه أمره وخفى عليه عاقبته فلم يجوز بيعه» (١).

وفي حديث ابن عباس «نهى النبي - ﷺ - أن يباع ثمر حتى يطعم ... الخ الحديث» (٢). ووجه الدلالة: أن النبي - ﷺ - نهى عن بيع الثمرة قبل صلاحيتها للأكل أي قبل بدو صلاحها ، فالمعدومة أولى بذلك النهي. وهكذا في كل حديث ورد فيه النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها (٣).

وفي هذا المعنى يقول الشافعي: وقد نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، لئلا تصيبها العاهة فكيف لا ينهى عن بيع مالم يخلق قط ، وما تأتي العاهة على شجره وعليه في أول خروجه وهذا محرم (٤).

ب- أحاديث النهي عن بيع المعاومة وبيع السنين:

وقد تقدمت في النص الحاكم ومنها حديث جابر بن عبد الله عند مسلم.

ووجه الدلالة من هذه الأحاديث ظاهر حيث فيها التصريح بالنهي عن

(=) حديثاً أنه - ﷺ - نهى عن بيع المعدوم. وهذا الحديث لا يعرف في شيء من كتب الحديث ولا له أصل ، والظاهر أنه مروى بالمعنى من هذا الحديث ، زاد المعاد ج ٥ ص ٥٣٦.

(١) المهذب ج ١ ص ٢٦٢.

(٢) راجع النص الحاكم حديث رقم (٣) من أحاديث النهي عن الغرر.

(٣) فضلاً عن أن الحديث قد تضمن بيع غرر أخرى كبيع الصوف على الظهر ، واللبن في الضرع ، والسمن في اللبن.

(٤) الأم ج ٢ ص ٤٨ باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار ، وانظره في اختلاف مالك والشافعي بأصل الأم السابق ص ٥٢ ، ٥٣.

بيع السنين وبيع المعاومة والذي تقدم معناه ، ومنه بيع الثمر على شجره قبل أن يخلق ، والزرع فى أرضه قبل أن يظهر « وذلك لأنه بيع غرر لكونه بيع مالم يوجد »^(١) . ويقول الشوكانى « وقد استدل بأحاديث الباب ونحوها على تحريم بيع ... وعلى تحريم بيع السنين »^(٢) .

ويقول النووي « وأما النهي عن بيع المعاومة وهو بيع السنين . فمعناه أن يبيع ثمر الشجر عامين أو ثلاثة أو أكثر فيسمى بيع المعاومة وبيع السنين وهو باطل بالاجماع نقل الاجماع فيه ابن المنذر وغيره لهذه الأحاديث »^(٣) .

وروى الربيع عن الشافعى عن ابن عيينة عن حميد بن قيس عن سليمان بن عتيق عن جابر بن عبد الله أن رسول الله - ﷺ - « نهى عن بيع السنين » وروى الشافعى عن سفيان عن أبى الزبير عن جابر عن النبى - ﷺ - مثله : وقال الشافعى : وبهذا كله نقول^(٤) وفى نفس الباب يقول الشافعى : وقد نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها لثلا تصيبها عاهة فكيف لاينهى عن بيع مالم يخلق قط ، وما تأتى العاهة على شجره وعليه فى أول خروجه وهذا محرم من مواضع من هذا ، ومن بيع السنين ، ومن بيع مالم يملك . وتضمنين صاحبه وغير وجه^(٥) . ويقول ابن بركة الاباضى فى جامعته فى باب البيوع المنهى عنها : ومن طريق جابر بن

(١) نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٣ ، وانظر المحلى ج٧ ص ٢٨٧ مسألة ١٤٢٣ .

(٢) نيل الأوطار السابق ج٦ ص ٢٦٣ ، وانظر مختصر المزنى ج٨ ص ١١٨ .

(٣) شرح مسلم للنووي ج١٠ ص ١٩٣ ، وانظر . حلية العلماء ج٢ ص ٥٢٢ ، ٥٢٣ .

المحلى لابن حزم ج٧ ص ٣١١ مسألة ١٤٣٦ ، روضة الطالبين ج٣ ص ١٧ ، ١٩ .
٢٠ ، بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٦ .

(٤) الأم ج٣ ص ٤٨ باب الوقت الذي يحل فيه الثمار . وانظره فى ص ٦٥ ، ٦٦ باب وقت بيع الفاكهة .

(٥) الأم السابق ص ٤٩ ، وانظره فى اختلاف مالك والشافعى بأسفل الأم ص ٥٢ ، ٥٣ .
وانظر أسنى المطالب ج٢ ص ٣١ .

عبد الله الأنصاري: أن النبي - ﷺ - «نهى عن بيع السنين» وهو أن يبيع الرجل سنين، وهى التى تسميها أصحابنا القبالة ... وفى رواية أخرى عنه - ﷺ - أنه قال «لا يبيعن أحدكم ثمرته سنين ، ومن باع ثمرته فأصاب جائحة فهي من ماله ولم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق. قال ابن بركة: فهذا القول منه عليه السلام لعله يدل عن النهى عن جواز القبالة. لأنه عقب بيع السنين النهى»^(١).

ثانيا: الاجماع:

أما الاجماع على بطلان هذا البيع فقد نقله وحكاه كثير من الفقهاء. يقول النووي «... بيع المعاومة وبيع السنين وهو باطل بالاجماع نقل الاجماع فيه ابن المنذر وغيره لهذه الأحاديث»^(٢)، ويقول ابن رشد «بيع الثمار قبل أن تخلق وبيع السنين والمعاومة. أما القسم الأول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك لأنه من باب النهي عن بيع ما لم يخلق، ومن باب بيع السنين والمعاومة، وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع السنين ، وعن بيع المعاومة ، وهو بيع الشجر أعواما»^(٣).

ويقول الصنعاني «والاجماع قائم على أنه لا يصح بيع الثمار قبل خروجها لأنه بيع معدوم»^(٤)، ويقول الشوكاني «وقد حكى صاحب البحر الاجماع على عدم جواز بيع الثمر قبل خروجه»^(٥).

ويقول الشماخي «وأما القسم الأول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق

(١) الجامع لابن بركة ج ٢ ص ٣٢٦.

(٢) شرح مسلم للنووي ج ١٠ ص ١٩٣.

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٦.

(٤) سبل السلام ج ٢ ص ٤٦.

(٥) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٠.

فجميع العلماء متفق على تحريمه لأنه من باب بيع المعاومة وبيع السنين وهو بيع الشيء أعواماً^(١). ويقول أطفيش بعد ذكره لمجملته من البيوع المنهي عنها للغرر «... فيكون بيع العرجون قبل وجوده حراماً بالاجماع للجهل بوجوده ، ولأنه من بيع المعاومة»^(٢)، وفي موطن آخر يقول «بيعها قبل الخلق ممنوع إجماعاً سواء شرط القطع أم لا ، لأنه من بيع المعاومة ، وهو بيع غلة النخل أو الشجرة ، أو غلة الأرض عاماً أو عامين أو ثلاثاً أو أكثر قبل أن تخلق، ويطلق على بيع الشيء مطلقاً عاماً فصاعداً ، وذلك كله لا يجوز إجماعاً كما نص عليه المصنف^(٣) في الثمار ، وأشار إليه في غيرها بالتعليل فافهم»^(٤).

وفي التهذيب في موارد الغرر من جهة الجهالة «... الأول: كثير ممنوع إجماعاً ... وكبيع مالم يخلق»^(٥).

وسند هذا الاجماع هو كما تقدم أحاديث الباب الصحيحة عن رسول الله - ﷺ - «ولأنه بيع غرر لأنه بيع معدوم ومجهول غير مقدور على تسليمه، وغير مملوك للعاقدة»^(٦)، وكذلك المعانى التى سنذكرها فى الاستدلال بالمعنى.

ثالثاً: الدليل من جهة المعنى :

١- أنه غرر من غير حاجة . يقول العز بن عبد السلام «الشرع منع من بيع المعدوم وإجارتته وهبته لما فى ذلك من الغرر ، وعدم

(١) الايضاح ج٥ ص ٥٨.

(٢) شرح النيل ج٨ ص ١٠٢.

(٣) معنى الشئني صاحب النيل متن شرح النيل.

(٤) شرح النيل ج٨ ص ١٠٨.

(٥) تهذيب الفروق ج٢ ص ٢٧١ الفرق (١٩٣) بين قاعدة المجهول وقاعدة الغرر.

(٦) شرح مسلم للنووي ج١٠ ص ١٩٣.

الحاجة» (١).

٢- أن بيع مالم يخلق ومنه بيع السنين وبيع المعاومة بيع معدوم (٢) ومجهول وغير مقدور على تسليمه وغير مملوك للعاقد فيكون حراما لأنه من أكل المال بالباطل . صرح بذلك النووي (٣) والصنعاني (٤) وابن حزم الظاهري (٥) وابن القيم (٦) وغيرهم.

٣- بيع مالم يخلق مخاطرة وقمار ، وهما محرمان في الشرع إذ لا حاجة للمتعاقدين إلى هذا العقد ، ولا تتوقف مصلحتهما عليه ، وقد يحصل الثمر ، والزرع ، وقد لا يحصل ، فصار بيع مالم يخلق ومنه بيع السنين والمعاومة نوع من الميسر والقمار والمخاطرة كبيع العبد الأبق والبعير الشارد يباع بدون ثمنه ، فإن حصل ندم البائع ، وإن لم يحصل ندم المشتري ، وكبيع جبل الحبلية وهو بيع ما تحمل ناقته ، وبيع الملاقيع والمضامين ونحو ذلك مما قد يحصل وقد لا يحصل ، فبائع السنين والمعاومة من جنس بائع الغرر الذي قد يحصل وقد لا يحصل وهو من جنس القمار والميسر (٧).

(١) قواعد الأحكام ج٢ ص ٢٩٣.

(٢) قال في الأسنى بعد ذكره النهى عن بيع السنين ، ثم بيان معناه ، وأنه بيع ثمرة النخل سنين ، أو تحديد البيع كيمتلك هذا ستين فإذا انتقضا فلا بيع بيننا » والبطلان فيه لعدم المبيع وللتأقيت ، أسنى المطالب ج٢ ص ٣١ ، فعلى لبطلان التفسير الأول بالعدم ، وللتفسير الثاني بالتأقيت إذ أن عقد البيع لا يقبل التأقيت.

(٣) شرح صحيح مسلم ج١٠ ص ١٩٣.

(٤) سهل السلام ج٣ ص ١٤ ، وانظر. نيل الأوطار ج٦ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ ، المهذب ج١ ص ٢٦٢ ، الروض المربع وحاشية العنقري ج٢ ص ٣٥ ، ٣٦ ، شرح الزركشي ج٢ ص ٣٨٣ ، ٣٨٤ ، ٦٢٧ ، ٦٢٨ ، كشف القناع ج٢ ص ١٦٢ ، ١٦٦.

(٥) المحلى ج٨ ص ٣١١ مسألة ١٤٣٦ ، وانظر شرح النيل ج٨ ص ١٠٢.

(٦) زاد المعاد ج٥ ص ٥٣٨ ، الشرح الكبير للمقدسي ج٢ ص ٣١ ، وقد غلط ابن القيم من ظن أن الغرر والمعدوم معناهما واحد وأطال في ذلك زاد المعاد السابق ص ٥٣٦.

(٧) زاد المعاد السابق ص ٥٣٩ ، ٥٤٢.

هذا وقد بين ابن القيم أنواع المخاطرة الجائز منها والمحرم فقال «والمخاطرة مخاطرتان: مخاطرة التجارة ، وهو أن يشتري السلعة بقصد أن يبيعها ويربح ويتوكل على الله في ذلك. والمخطر الثاني: الميسر الذي يتضمن أكل المال بالباطل ، فهذا النوع حرمه الله تعالى ورسوله. مثل بيع الملامسة والمنابهة وحبل الحيلة والملاقيع والمضامين وبيع الثمار قبل بدو صلاحها ، ومن هذا النوع يكون أحدهما قد قمر^(١) الآخر وظلمه ، ويتظلم أحدهما من الآخر. بخلاف التاجر الذي قد اشترى السلعة ثم بعد هذا نقص سعرها ، فهذا من الله سبحانه ليس لأحد فيه حيلة ، ولا يتظلم مثل هذا من البائع ، وبيع ماليس عنده من قسم القمار والميسر ، وليست المخاطرة فيه مخاطرة التجار بل مخاطرة المستعجل بالبيع قبل القدرة على التسليم ، فإذا اشترى التاجر السلعة وصارت عنده ملكا وقبضا فحينئذ دخل في خطر التجارة وباع ببيع التجارة كما أحله الله بقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٢).

والخلاصة: أن بيع الثمار على أشجارها قبل أن تخلق، والزرع في أرضها قبل أن تظهر منهى عنه ، والنهي هنا يقتضى بطلان العقد وفساده بل عدم انعقاده لأن المبيع معدوم فيدخل في بيع الغرر كما تقدم يقول الزركشي «لأنه يبيع غرر ، وأنه منهى عنه شرعا ، والنهي يقتضى الفساد»^(٣).

(١) قمر الآخر أي غلبه في القمار ، والقمار كله لعب فيه مراهنه وهو الميسر ، وقد نهى الاسلام عنه ، المصباح المنير ج ٢ ص ٥١٤ كتاب القاف. مختار الصحاح ص ٢٨٣ باب القاف.

(٢) زاد المعاد ج ٥ ص ٥٤٤ ، وانظره في أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٧ ، ٢٨ وما بعدهما. والآية رقم ٢٩ من سورة النساء.

(٣) شرح الزركشي ج ٢ ص ٦٢٦ ، ٦٢٥ ، وانظر في هذا الأثر للفرر . بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٦٨ ، ١٧٥ ، ١٧٦ ، شرح الحرشي وحاشية العدوي ج ٥ ص ٦٧ ، ٦٨ ، ٦٩ (=)

وننبه على أنه لا فرق بين البطلان والفساد عند الجمهور في المعاملات فهما مترادفان في المعنى، وإنما الذي فرق بينهما هم الحنفية ولسنا هنا في مجال ذكر هذا الفرق لأن بيع المعدوم باطل وفساد بل لا ينعقد أصلا يقول الكاساني « فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم ... وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لأنهما معدوم »^(١). وعلى الجملة فإن الحنفية يترجمون لجملة من البيوع بقولهم « البيع الفاسد » ثم يتكلمون أولا. عن البيع الباطل لأن الفاسد أعم من الباطل فكل باطل فاسد ولا ينعكس ، ومن أمثلة الباطل عندهم ، بيع الثمر والزرع قبل ظهوره وبيع السمك قبل الاصطياد ، وبيع اللبن في الضرع ، وبيع الحمل والنتاج إلى آخر صور الفرر ، كما في كتبهم التي أمامنا^(٢).

دعوى جواز بيع السنين والمعاومة ، والرد عليها :

ورد في بعض الكتب كبداية المجتهد ، وشرح النيل وحاشية أبي ستة على الايضاح أنه قد روى عن عمر بن الخطاب ، وابن الزبير أنهما كانا يجيزان بيع السنين وبيع المعاومة ، وأن ذلك وقع في مصر ، والجزائر ، وتونس مع وجود الفقهاء . وأصل هذه الرواية عند ابن رشد في بداية المجتهد ، ونلقها عنه الاباضية المغاربة في كتبهم.

يقول ابن رشد « بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون

(=) مجلد ٣ ، كشف القناع ج ٣ ص ٢٥٨ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج ٣ ص ٥٤ ، ٥٥ ، المغني ج ٤ ص ٢١٨ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٢١٤ ، قواعد الأحكام ج ٢ ص ٢٠٥ .

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٨ ، شرح فتح القدير ج ٦ ص ٤١ .
(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٨ ، ١٦٣ ، ١٦٨ ، ١٧٤ ، تبين الحقائق وحاشية الشلبي ج ٤ ص ٤٣ وما بعدها ، الهداية وشرحها ج ٦ ص ٤١ ، ٤٢ ، ٤٩ ، ٥٠ وما بعدهم ، الاختيار ج ٢ ص ٢٨ وما بعدها ، نصب الرأية ج ٤ ص ١٠ وما بعدها ، أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٥٦٨ ، وأيضا الهداية وشرحها ج ٥ ص ٤٦٧ ، ٤٦٨ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٧ ، ١٨ ، ١٩ .

على منع ذلك لأنه من باب النهي عن بيع مالم يخلق ، ومن باب بيع السنين والمعاومة.

وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع السنين ، وعن بيع المعاومة ، وهي بيع الشجر أعوما ، إلا ماروى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير أنهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين^(١).

وذكر أطفيش الاباضى أن تلميذ الشيخ^(٢) رواه عن بعض الكتب عن عمر بن الخطاب وابن الزبير ، وأنه وقع بالجزائر ، وتونس ومصر . إلا أن أطفيش لم يعجبه هذا وقطع بأنه خطأ عند الاباضية وغيرهم ، وأن الحق هو القول بالاجماع على تحريمه.

فبعد أن ذكر أطفيش الاجماع على تحريمه قال فى هذا الاجماع «وذلك هو الحق ، إلا ما رواه تلميذ أبى ستة عن بعض الكتب أن عمر بن الخطاب وابن الزبير كانا يجيزان بيع الثمار سنين ، يعنى كتب المخالفين^(٣) ، وقد وقع بيع المعاومة فى البلد المسمى بالجزائر قبل دولة الروم ، وبعد موت العلامة من أهلها الشيخ سعيد قدورة شارح «سلم الأخضرى» فى تونس ، وفيها علماء متوقرون» ثم قال أطفيش «لكن ذلك خطأ عندنا وعند غيرنا ، ووقع ذلك أيضا فى مصر»^(٤).

أقول: ما روي عن الفاروق وابن الزبير لم يثبت ، ولم أره فيما اطلعت عليه إلا عند ابن رشد ، ومن نقله عنه من الاباضية ، ومع ذلك فإن ابن

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٦.

(٢) الشيخ هو أبو ستة - صاحب الحاشية التى على الابضاح للشماخى.

(٣) يعنى بالمخالفين هنا: السادة المالكية الذين يسكنون معهم فى بلاد المغرب كليبيا فى جبل نفوسة ، وتونس بجزيرة جربة ، والجزائر بوادى ميزاب فهذه البلاد يقيم فيها الاباضية المغاربة.

(٤) شرح النيل ج ٨ ص ١٠٨.

رشد لم يرتضه فقد ذكره بصيغة التضعيف ، وصدره بما يدل على عدم اعتباره حيث يقول «فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك» . وأيضا فان الأحاديث التي ذكرناها ، والمعقول ، وقواعد الشريعة كل ذلك يأباه ويمنع . إذ هذا البيع كما سبق عن الامام الشافعي وابن القيم محرم من وجوه ، فهو من بيع مالميس في ملك الانسان ، ومالميس عنده ، ومن باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، والزروع حتى يشتد حبها بل أولى ، ومن ثم فالحق القول بالاجماع على تحريمه ، وأن ماجرى ، وما يجرى الآن بين الناس في مصر وغيرها من بيع ثمار بساتينها قبل أن تخلق ثمرتها ، وزروعها قبل أن تنبت إنما هي أعراف فاسدة لمخالفتها الشرع^(١) .

(١) يقول أطفيش: قال العلامة أبو يعقوب يوسف بن محمد المصمبي من أهل مملكة محشي «فرانض» العلامة الشيخ اسماعيل ، وهو الذي نظم بيع الذرائع وشرحها وصنف في غير ذلك مانصه: وما شاع وذاع ، وكلت منه الأسماح ما شهدناه بمصر من كراء أملاكهم المحبسة سنين تزيد على الثمانين عاما من غير شك ولا تردد ، وقد احتوت على جهابذة من العلماء والقضاة فحكموا بصحة ذلك كما هو معلوم ، وقال - رحمه الله - «ما رآه المسلمون حسنا فهو حسن» أو كما قال أ. هـ . وكان رحمه الله يرى جواز بيع الملك والمحبس لمدة معلومة ، وذكر أنه وقف على كلام لبعض العلماء حاصله: أن بيع الملك لمدة معلومة ولو كان مخالفا لقاعدة البيع إلا أنه لعدم البلوى به لانتجاسر على إبطاله ، وذكر أن أهل الجبل اصطلاحوا على جواز بيع المحبس لمدة حتى أن جل أملاكهم كذلك ، وأنه جائز بالنسبة إليهم ، وأنهم توافعوا قديما لمشايخ أهل جربة - جزيرة يسكنها الاباضية بدولة تونس وبسمعت من أهلها أنها في البحر بين تونس وفرنسا - فأجروهم على عرفهم ، وحكموا بصحة ذلك دفعا للمشاغبة والنزاع ، وأن العرف يقضى على الشرع ، وأن العرف يجب العمل به في مثل هذه النازلة لدفع المشاغبة والفتن ، وأنه كالضرورة ، والضرورة تبیح المحظورات ...» شرح النيل ج ٨ ص ١٠٩ .

أقول: والعرف عند الاباضية أعنى عرف تعامل الناس بما هو مخالف للشرع يقع كثيرا . فعند ما كنت بمعهد القضاء الشرعي رأيت أصحاب المال . والقضاة يحكمون لهم بصحة معاملة جرى العرف عندهم على تسميتها «بيع الاقالة» وبحث هذه المعاملة وجدتها من الرهن الفاسد لكونها معاملة ربوية فأخبرت الطلاب بذلك . فاستفتوا فيها فضيلة الشيخ أحمد بن حمد الخليلي مفتي سلطنة عمان فأفتى بالحرمة . وصورة هذه المعاملة أن يعطيه مبلغا من المال ، ويأخذ رهنا منزلا أو بستانا ويحدد له أجل الوفاء . ويستمر المرتهن في الانتفاع بالمرهون مسكنا ، وبيع ثمار وزروع لحق نفسه ، فإذا حل أجل (=)

وأيضاً فإن استناد من أجازَه في مصر وبلاد المغرب إلى ماروي عن رسول الله - ﷺ - أنه قال « ما رآه المسلمون حسناً فهو حسن » وإلى الضرورة، والضرورات تبيح المحظورات ، فهذا كله لاشيئ فيه إذ هو من وجهتهم لا يسمن ولا يغنى من جوع لأمر ثلاثة:

الأمر الأول: أنه مردود من أحد علماء الإباضية البارزين والمستنيرين وهو الشيخ محمد بن يوسف أطفيش حيث يقول « قلت: ليس الأمر كذلك وإنما يحسن ما رآه المسلمون بمجرد عقولهم حسناً إذا لم يخالف نص القرآن أو السنة أو الاجماع. ومع ذلك مجمع عليه^(١) وحاشا المسلمين أن يرو ما قبحه الشرع حسناً ، وليست الضرورة تبيح كل محظور ، وكم ضرورة يقدم الموت عليها بل محظورات مخصوصة ورد الشرع باستباحتها للضرورة . وليس اجتماع أهل الجبل^(٢) وأهل مصر على فعل محرم بالحديث الاجماع مبيحا له^(٣) اللهم إلا إن صح ماروي من جواز بيع الثمار سنين عن عمر وابن الزبير قلعلهم تمسكوا به، والسلام^(٤) .

الأمر الثاني: أن ما روى عن عمر وابن الزبير لم تثبت صحته ، ومن أجازَه لم يستند إلى هذا المروي. وإنما استند إلى مروي آخر ، وهو ما روى عن ابن مسعود « ما رآه المسلمون حسناً فهو حسن » وإلى الضرورة وقد ظهر الأمر في ذلك من كلام الشيخ أطفيش.

(=) الوفاء ووفى المدين الدين رد إليه المهرن فقط دون نظر لغفته مهما كانت المدة ، وإن لم يوف قملك الدائن المهرن وانتهى الأمر . ولاشك أن هذا رهن قد أغلق والرسول - ﷺ - يقول « لا يخلق الرهن » أ.هـ.

(١) أي بيع السنين وبيع المعاومة مجمع على تحريره فكان أطفيش لم يعتبر قول المخالف غارقاً لهذا الاجماع لضعف حجته.

(٢) أي جبل نفوسة بدولة ليبيا.

(٣) أي اجماع أهل الجبل ومصر لا يقوى على إباحة ما حرمه الحديث الوارد عن جابر في مسلم وغيره من النهي عن بيع السنين.

(٤) شرح النيل ج ٨ ص ١٠٩.

وأقول: إن ما ذكره ليس حديثا مرفوعا إلى النبي - ﷺ - وإنما هو أثر موقوف على عبد الله بن مسعود ، وقول الصحابي ليس بحجة إذ لا حجة إلا في قول الله وقول رسوله - ﷺ - .

فقد ذكر صاحب الهداية من الخفية في كتاب الاجارات قال عليه السلام « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » .

قال الزيلعي صاحب نصب الراية « قلت: غريب مرفوعا ، ولم أجده إلا موقوفا على ابن مسعود ، وله طرق » :

أحدها: رواه أحمد في مسنده عن عبد الله بن مسعود قال « إن الله نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد - ﷺ - فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه فما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ، وما رآه سيئا فهو عند الله سيئ » .

ومن طريق أحمد رواه الحاكم في المستدرک في فضائل الصحابة (١) وزاد فيه: « وقد رأي الصحابة جميعا أن يستخلف أبو بكر » وقال: صحيح الاسناد . ولم يخرجاه . وكذلك رواه البزار في مسنده ، والبيهقي في كتاب المدخل .

ومن طريق آخر رواه أبو داود الطيالسي في مسنده حدثنا المسعودي عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله بن مسعود فذكره إلا أنه قال عوض: سيئ قبيح .

ومن طريق أبي داود رواه أبو نعيم في الحلية في ترجمة ابن مسعود ، والبيهقي في كتاب الاعتقاد ، وكذلك رواه الطبراني في معجمه ،

(١) المستدرک للحاكم ج٣ ص ٧٨ ، وصححه الذهبي أيضا وهو في فضائل أبي بكر الصديق .

والمسعودى ضعيف^(١).

الأمر الثالث: أن قول مشايخ جزيرة جربة بتونس^(٢) «أن العرف يقضى على الشرع وأن العرف يجب العمل به فى مثل هذه النازلة لدفع المشاغبة والفتن» هو قول بعيد عن الصواب ، فأى فتنة هذه ، وأى شغب هذا الذى نخالف من أجله القرآن ، والسنة الصحيحة ، وإجماع أهل الاجماع من فقهاء المسلمين؟ فهل إذا وقع شغب فى مجتمع المسلمين بسبب تحريم الخمر أو غيره من المنكر ، وقد تعارف الناس عليه واعتادوه ، هل يقضى هذا العرف على الشرع؟!.

إن العرف يعمل به فى كل ما ورد به الشرع مطلقا ولاضابط له فيه ولا فى اللغة . هنا فقط يرجع إلى العرف كالحرز فى السرقة ، والتفرق فى البيع ونحو ذلك^(٣).

وعند تعارض العرف مع الشرع . فاما أن لايتعلق بالشرع حكم ، وإما أن يتعلق به حكم. فان كان لايتعلق بالشرع حكم فانه يقدم عرف الاستعمال^(٤). أما إن تعلق به حكم فيقدم على عرف الاستعمال^(٥). ومسألتنا تعلق بها حكم وتكليف. واستناد البعض فى الجواز على عموم البلوى^(٦) نظر غير صحيح، فأين العسر فى تحريم بيع مالم يخلق وبيع

(١) نصب الرأية ج٤ ص ١٣٣ ، ١٣٤ باب الاجارة الفاسدة.

(٢) وهم من الاباضية المغاربة.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٨ فصل تعارض العرف مع الشرع.

(٤) فلو حلف لا يأكل لحما لم يحنث بالسك وإن ساء الله لحما ، أو لايجلس على بساط لم يحنث بالجلوس على الأرض وإن ساء الله بساطا ، أو لا يضع رأسه على وتد لم يحنث بوضعها على جبل . فهذا ونحوه قدم العرف لأنها استعملت فى الشرع تسمية بلا تعلق حكم وتكليف. الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٣.

(٥) كما لو حلف لا يصوم لم يحنث بمطلق الامساك ، الأشباه السابق.

(٦) راجع نص شرح النيل بهامش سابق.

السنين وبيع المعاومة؟ وأين عموم البلوى فى هذا؟^(١). إن مشقة التحريم هي مشقة خفيفة كتلك المشقة فى تحريم بيع الثمار قبل بدو صلاحها . يقول العز بن عبد السلام «وأما ماخفت مشقته كبيع عبد من عبيد ، وثوب من ثوبين ، وكبيع الثمار قبل بدو صلاحها فهذا لا يصح العقد معه إذ لا يعسر إجتنابه»^(٢)، ومما أراه مناسبا للذكر هنا هو ما ذهب إليه المالكية عندما أجازوا بيع الثمار قبل بدو صلاحها بشرط القطع بثلاثة شروط منها «أن لا يمتلا عليه أهل البلد ، فان قالموا على هذا البيع لا يصح» وسيأتى إن شاء الله فى شروط بيع الثمار والزروع قبل بدو صلاحها.

(١) راجع أسباب التخفيف فى العبادات وغيرها فى القاعدة الثالثة «المشقة تجلب التيسير» السبب السادس: العسر وعموم البلوى فى الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٧٨ ، وانظر نفس السبب ونفس القاعدة فى القاعدة الرابعة فى الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ص ٧٦.

(٢) قواعد الأحكام ج ٢ ص ٣١٨.

الفصل الثانى

حكم بيع الثمار على أشجارها. والزروع^(١) فى أرضها مفردة بعد ظهور

وفيه مبحثان.

المبحث الأول: النص الحاكم لبيع الثمار والزروع بعد ظهورها.

المبحث الثانى: حكم بيع الثمار والزروع بعد ظهورها.

المبحث الأول

النص الحاكم لبيع الثمار والزروع مفردة بعد ظهورها

جاءت السنة المشرفة بعدة أحاديث فى الصحيحين وغيرهما - حاكمة لبيع الثمار على رؤس أشجارها ، والزروع فى أرضها- ، وذلك بعد ظهورها نذكر منها الآتى:

١- فى صحيح البخاري - وقال الليث عن أبى الزناد: كان عروة بن الزبير يحدث عن سهل بن أبى حشمة^(٢) الأنصارى من بنى حارثة أنه حدثه

(١) الزرع هو ما استنبت بالبذر، تسمية بالمصدر ، ومنه يقال: حصدت الزرع أي النبات . قال بعضهم: ولا يسمى زرعاً إلا وهو غرض طري ، والجمع زروع ، والفعل زرع ، تقول: زرع الحراث الأرض «زرعاً» حرثها للزراعة، وزرع الله الحراث أنبته وأغماه . والزرع أيضاً: طرح البذر . المصباح المنير ج١ ص ٢٥٢ «كتاب الزاي» مختار الصحاح ص ١٤٧ «باب الزاي» فالزرع هو ما ليس بشجر فيدخل البقول ، حاشية الشروانى ج٤ ص ٤٦٣ ، حاشية عمير ج٢ ص ٢٣٤.

(٢) حشمة بفتح الحاء المهملة واسكان الشاء المثناة . والحشمة وزان ثمرة: الرابية ، وقيل: الطريق العالية ، وبه سميت المرأة ، وكني أيضاً ، ومنه «سهل بن أبى حشمة» . المصباح المنير ج١ ص ١٢١ كتاب الحاء . واسم أبى حشمة: عبد الله بن ساعدة . وقيل: عامر بن ساعدة ، وكنية سهل أبو يعبي، وقيل: أبو محمد. توفى النبى - ﷺ - وهو ابن ثمانية سنة ، شرح مسلم للنووي ج١ ص ١٨٦.

عن زيد بن ثابت رضى الله عنه قال «كان الناس فى عهد رسول الله - ﷺ - يتبايعون الثمار^(١) فاذا جذ^(٢) الناس وحضر تقاضيههم قال المبتاع^(٣) أنه أصاب الثمر الدمان^(٤) أصابه مراض^(٥) أصابه قشام^(٦) عاهات^(٧)

(١) الثمار بالثلثة: أعم من الرطب وغيره ، فتح البارى ج٤ ص ٤٦١ ، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٥٩ .

(٢) جذ: بالجيم والذال المعجمة الثقيلة: أي قطعوا ثمر النخل ، أي استحق الثمر القطع وهو أوان الجذاذ . وفى رواية «أجذ» . قال ابن التين: معناه دخلوا فى زمن الجذاذ كأظلم إذا دخل فى الظلام . والجذاذ: صرام النخل وهو قطع ثمرتها وأخذها من الشجر . والجذاذ بفتح الجيم وكسرهما وباهمال الدال واعجامها: قطع الثمر . والأفصح فتح الجيم واهمال الدال . فتح البارى ج٤ ص ٤٦١ ، ٤٦٢ . المصباح المنير ج١ ص ٩٩ «كتاب الجيم» . مختار الصحاح ص ٥٩ «باب الجيم» . المعجم الوسيط ج١ ص ١١٢ ، ١٢٠ . النظم المستعذب ج١ ص ٢٨١ . شرح الزركشي ج٣ ص ٤٨٩ . شرح الخروشي وحاشية العدوي ج٥ ص ١٨٧ مجلد ٣ .

(٣) أى المشتري .

(٤) الدمان بفتح الدال كما ضبطه أبو عبيد . وضبطه الخطايب بضم الدال . قال عياض: هما صحيحان ، ورواها بعضهم بالكسر . وفسره أبو عبيد بأنه فساد الطلع وتعفته وسواده . وقال الأصمى «الدمال» باللام: العفن . وقال القزاز «الدمان»: فساد النخل قبل إدراكه ، وإنما يقع ذلك فى الطلع يخرج قلب النخلة أسود محفونا . وقد وقع فى رواية يونس «الدمار» بالراء بدل التنوين . قال عياض: هو تصحيف . ووجهه غيره بأنه أراد: الهلاك كأنه قرأه بفتح الدال . فتح البارى ج٤ ص ٤٦١ . سبل السلام ج٣ ص ٤٧ . مختار الصحاح ص ١١٧ «باب الدال» المصباح المنير ج١ ص ٢٠٠ «كتاب الدال» .

(٥) مراض: بكسر أوله عند الأكثر . وقال الخطايب بضمه ، وهو اسم لجميع الأمراض يوزن الصداق . وهو داء يقع فى الثمرة فتهلك . يقال: أمرض إذا وقع فى ماله عاهة ، فتح البارى ج٤ ص ٤٦١ ، لاحظ المصباح المنير ج٢ كتاب الميم ص ٥٦٨ «مرض» ، ومختار الصحاح ص ٣١٨ باب الميم «م ر ض» .

(٦) قشام: بضم القاف بعدها معجمة خفيفة . زاد الطحاوى فى روايته «والقشام شئ يصيبه حتى لا يرطب» وقال الأصمى: هو أن ينتقص ثمر النخل قبل أن يصير بلحا . وقيل: هو أكال يقع فى الثمر . فتح البارى ج٧ ص ٤٦١ ، ٤٦٢ . مختار الصحاح ص ٢٧٦ باب القاف «ق ش م» .

(٧) عاهات جمع عاهة والعاهة: الآفة . مختار الصحاح ص ٢٤٢ باب العين «ع و ه» يقال «عبه» الزرع من باب تعب إذا أصابته العاهة ، «وأعاه» القوم إذا أصابت «العاهة» ما شيتهم المصباح المنير ج٢ ص ٤٤١ كتاب العين «العاهة» والمراد بها هنا ما يصيب الثمر مما ذكر فى الحديث . فتح البارى ج٤ ص ٤٦١ ، ٤٦٢ . ويقول الشوكانى: هي الآفة (=)

يحتجون بها - فقال رسول الله - ﷺ - لما كثرت عنده الخصومة في ذلك: فأما لا ، فلا تتبايعوا حتى يبدو^(١) صلاح الثمر ، كالمشورة^(٢) يشير ها لكثرة خصومتهم . وأخبرني^(٣) خارجة بن زيد بن ثابت لم يكن يبيع ثمار أرضه حتى تطلع الثريا^(٤) فيتبين الأصفر من الأحمر^(٥) والحديث أشار إليه الصنعاني^(٦) وأخرجه أبو داود في سننه ولم يذكر في الحديث « وأخبرني خارجة بن زياد بن ثابت ... » الخ ما ذكره البخاري^(٧) . أقول: وقد ترجم

(=) تصبه فيفسد . ويقول الصنعاني: وهي الآفة والعيب . وفي موطن آخر قال: والعامة هي الآفة التي تصيب الثمار . ويقول النووي: هي الآفة تصيب الزرع أو الثمر ونحوه فتفسده ، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٠ ، سبل السلام ج٣ ص ٤٦ ، شرح مسلم للنووي ج١٠ ص ١٧٩ ، ويقول ابن بطال «العامة» يعنى الآفة التي ربما تصيب الزرع وتفسده . يقال: أعاء القوم ، وأعوها إذا أصاب ثمارهم أو ماشيتهم العامة . النظم المستعذب ج١ ص ٢٨١ .

(١) بغير همز: أي يظهر . تقول: بدا الأمر من باب سما أي ظهر ، وبدا القوم خرجوا . مختار الصحاح ص ٣١ باب الباء «ب د ا» المصباح المنير ج١ ص ٤٠ كتاب الباء ، فتح الباري ج٤ ص ٤٦١ ، ٤٦٢ ، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٥٩ ، النظم المستعذب ج١ ص ٢٨١ ، شرح مسلم للنووي ج١٠ ص ١٧٨ ، وما ينبغي أن ينبه عليه أنه يقع في كثير من كتب المحدثين وغيرهم حتى «يبدو» بالآلف في الخط وهو خطأ ، والصواب حذفها في مثل هذا للنائب ، وإنما اختلفوا في إثباتها إذا لم يكن ناصب مثل زيد يبدو ، والاختيار حذفها أيضا شرح مسلم للنووي ج١٠ ص ١٧٨ .

(٢) المشورة: بضم الشين وسكون الواو ، وسكون الشين ، وفتح الواو لغتان . وزعم الحريري أن الاسكان من لحن العامة وليس كذلك فقد أثبتتها «الجامع» و «الصحاح» و «الحاكم» وغيرهم . فتح الباري ج٤ ص ٤٦٢ .

(٣) القائل هو أبو الزناد .

(٤) أي مع الفجر ، والثريا: النجم ... فتح الباري ج٤ ص ٤٦٢ .

(٥) صحيح البخاري بفتح الباري ج٤ ص ٤٦٠ ، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها .

(٦) سبل السلام ج٣ ص ٤٦ ، ٤٧ .

(٧) سنن أبي داود ج٣ ص ٢٥١ «باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها» ولفظه ... حدثني يونس قال: سألت أبا الزناد عن بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه وما ذكر في ذلك فقال: كان عروة بن الزبير يحدث عن سهل بن أبي حشمة عن زيد بن ثابت قال «كان الناس يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، فإذا جد الناس وحضر تقاضيتهم قال المبتاع: قد أصاب الثمر الدمان ، وأصابه قشام ، وأصابه مراض ، عاهات يحتجون بها فلما كثرت (=)

البخارى لهذا الحديث بقوله «باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها» ولم يجزم بحكم فى المسألة لقوة الخلاف فيها ، وأيضاً فعل أبو داود .

وأيضاً فإن الحديث لم يجزم بالنهاى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه بدليل ما جاء فى الحديث «كالمشورة يشير بها عليهم» وقد استشعر البخاري ذلك^(١) وقد تمسك بهذا الحديث من قال بجواز البيع قبل بدو الصلاح ، وحمل النهي فى غيره على التنزيه وسيأتى .

٢- فى البخارى عن نافع عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله - ﷺ - «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع»^(٢) ، ورواه مسلم بلفظ البخاري . وفى لفظ لمسلم عن ابن عمر «نهى عن بيع النخل حتى يزهر»^(٣) وعن السنبل حتى

(=) خصومتهم عند النهي - ﷺ - ، قال رسول الله - ﷺ - كالمشورة يشير بها فأما لا ، فلا

تتبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها» قال أبو داود: لكثرة خصومتهم واختلافهم أ.هـ.

(١) لاحظ فتح الباري ج٤ ص ٤٦٤ ، ولاحظ ترجمة أبي داود فى سننه ج٣ ص ٢٥١ .

(٢) صحيح البخارى بفتح الباري ج٤ ص ٤٦٠ ، وأخرجه صاحب متقى الأخبار بهذا اللفظ .

وقال: رواه الجماعة إلا الترمذي . متقى الأخبار بشرحه نيل الأوطار ج٦ ص ٢٥٨ .

٢٥٩ . باب النهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه .

(٣) وما ينبغي أن ينه عليه أن يقع فى كثير من كتب المحدثين وغيرهم حتى «يزهوا»

بالألف فى الخط ، وهو خطأ والصواب حذفها فى مثل هذا الناصب ، وإنما اختلفوا فى

اثباتها إذا لم يكن ناصب ، والاختيار حذفها أيضاً ، وقوله فى الحديث «يزهو» هو بفتح

الياء كذا ضبطوه ، وهو صحيح ، شرح مسلم للنوى ج١٠ ص ١٧٨ .

وفيه لغتان: زهى يزهو ، وأزهى يزهى ، حكاهما أبو زيد . قال ابن الأعرابي: يقال: زها

النخل يزهو إذا ظهرت ثمرته ، وأزهى يزهى: إذا احمر أو اصفر وقال الأصمعي: لا يقال

فى النخل: أزهى ، إنما يقال: زها ، وحكاها أبو زيد لغتين كما تقدم وفى أبى ستة:

«تزهو» من أزها إزهاأ ، واللفظة المشهورة: زها يزهو زهوا وفى الصحاح: الزهو البسر

الملون يقال: إذا ظهرت الحمرة والصفرة فى النخل فقد ظهر فيه الزهو . وأهل الحجاز

يقولون: الزهو بالضم ، وقد زها النخل زهواً وإزهاأ أيضاً لغة حكاهما أبو زيد ، ولم يعرفها

الأصمعي والزهو: المنظر الحسن . وفى الحرشي: الزهو بضم الزاي والهاء وتشديد الواو .

قال فى النهاية: زها النخل يزهو إذا ظهرت ثمرته . وأزهى يزهى إذا احمر أو اصفر

والزهو أيضاً بفتح الزاي وسكون الهاء أ.هـ.

يبيض^(١) ويأمن العاهة^(٢) نهى البائع والمشتري^(٣).

(=) وقال الخليل: أزهى النخل هذا صلاحه. قال الخطابي: هكذا روى الحديث معنى «يزهو» والصواب في العربية حتى «تزهي» بالتاء. والألف كما في شرح الزركشي وفي شرح مسلم للنووي: حتى «يزهي» بالياء. والألف، والياء موافقة للفظ الحديث. وكلام الخطابي تعقب من ابن الأثير حيث قال: وهذا القول منه ليس عند كل أحد فان اللفتين قد جاءتا عند بعضهم، وبعضهم لا يعرف في النخل إلا أزهى. أ.هـ.

وأيضاً قال الشوكاني «قال الخطابي: أنه لا يقال في النخل تزهو إنما يقال: تزهي لاغير. وهذه الرواية ترد عليه» وأيضاً في رواية عن أنس وستاتي. وذكر الصنعاني أن منهم من قال زها إذا طال واكتمل، وأزهي إذا احمر أو اصفر.

وقد اختار النووي بأن الازهاء في الثمر أن يحمر أو يصفر، وذلك علامة الصلاح فيها ودليل خلاصتها من الآفة. وقال الجوهري «الزهو بفتح الزاي، وأهل الحجاز يقولون بضمها وهو البسر الملون يقال: إذا ظهرت الحمرة أو الصفرة في النخل فقد ظهر فيه الزهو، وقد زهي النخل زهواً، وأزهي لغة، وقد تقدم أن ابن الأعرابي فسر «زهي يزهو» بمعنى ظهر، وفسر «أزهي يزهي» بما إذا احمر أو اصفر. فهذه أقول أهل العلم فيه ويحصل من مجموعها جواز ذلك كله فالزيادة من الثقة مقبولة ومن نقل شيئاً لم يعرفه غيره قبلناه إذا كان ثقة. قاله النووي. انظر شرح مسلم للنووي ج ١٠ ص ١٧٨، شرح الزركشي ج ٣ ص ٤٩٧، النظم المستعذب ج ١ ص ٢٨١، نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٥٩، سبل السلام ج ٣ ص ٤٧، فتح الباري ج ٤ ص ٤٦٥، حاشية أبي ستة على الإيضاح ج ٥ ص ٥٩، الخرشى وحاشية العدوي ج ٥ ص ١٨٦ مجلد ٢، الشرح الصغير ج ٤ ص ٣١٣، مختار الصحاح ص ١٥٠ باب الزاي، وهل الزهو قبل البسر أم بعده؟ قال العدوي «فائدة: الزهو بعد البسر عند أكثر أهل اللغة، وقبله عند الفقهاء، كما قاله البدر» حاشية العدوي على الخرشى السابق.

(١) أي يشتد حبه وهو يبدو صلاحه، شرح مسلم للنووي ج ١٠ ص ١٧٩، سنبل الزرع: فنعل بضم الفاء والعين. الواحدة سنبله. أي بضم السين وسكون النون وضم الباء الموحدة. ويجمع على سنابل أيضاً. والسبل مثله الواحدة سبله مثل قصب وقصبة. وسنبل الزرع: أخرج سنبله، المصباح المنير ج ١ ص ٢٦٥ كتاب السين، مختار الصحاح ص ١٥٤ باب السين، نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٠، والحب اسم جنس للحنطة وغسبرها مما يكون في السنبلة والأكمام والجمع حبوب مثل فلس وفلوس، الواحدة «حبة» وتجمع «حبات» على لفظها وعلى حباب مثل كلبة وكلاب، والحب بالكسر: بزر ما لا يقتات مثل بزر الرياحين، الواحدة «حبة»، المصباح المنير ج ١ ص ١١٧ كتاب الحاء. مختار الصحاح ص ٧١ باب الحاء.

(٢) لأنه إذا أصيب بها كان أخذ ثمنه من أكل أموال الناس بالباطل. نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٠.

(٣) مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ١٧٨، ١٧٩، وأخرجه صاحب منتقى الأخبار وقال: (=)

وهذا اللفظ عند أبي داود عن ابن عمر^(١) وفي لفظ لمسلم عن ابن عمر «لاتبتاعوا الثمر حتى يبدو صلاحه، وتذهب عنه الآفة. قال: يبدو صلاحه حمرة وصفوته»^(٢)، وهذا اللفظ جاء فيه تفسير ابن عمر لبدو الصلاح في الثمر ، وهو «ظهور اللون» إذا كانت الثمرة مما يتلون.

ولفظ الترمذي عن ابن عمر: أن رسول الله - ﷺ - «نهى عن بيع النخل حتى يزهو» وبهذا الاسناد: أن النبي - ﷺ - «نهى عن بيع السنبل حتى يبيض ، ويأمن العاهة ، نهى البائع والمشتري»^(٣).

ولفظ ابن ماجه عن ابن عمر أن رسول الله - ﷺ - قال «لاتبيعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها» نهى البائع والمشتري^(٤) وقد فصل ابن ماجه بين الحديث ، وبين قوله «نهى البائع والمشتري» وهذا مشعر بأنه من قول الراوي. ولفظ أبي داود عن ابن عمر . أن رسول الله - ﷺ - «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمشتري»^(٥)، وأخرجه الحافظ في بلوغ المرام وقال: متفق عليه. ثم قال: وفي رواية «كان إذا سئل عن صلاحها قال: حتى تذهب عاهتها»^(٦).

أقول: ففي هذه الرواية فسر ابن عمر بدو الصلاح بذهاب العاهة، وقد سبق عنه أنه فسره بظهور اللون فيما يتلون. وهذه الرواية في صحيح مسلم فعن عبد الله بن دينار أنه سمع ابن عمر قال: قال رسول الله - ﷺ -

(=) رواه الجماعة إلا البخاري وابن ماجه . منتقى الأخبار بشرحه نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٥٨ .

٢٥٩ باب النهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه.

(١) سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٥٠ «باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها».

(٢) مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ١٧٨ ، ١٧٩ .

(٣) سنن الترمذي ج ٣ ص ١٣ «باب ماجاء في كراهية بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها».

(٤) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٤٦ «باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها».

(٥) سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٥٠ .

(٦) بلوغ المرام بشرحه سبل السلام ج ٣ ص ٤٦ ، باب الرخصة العرايا وبيع أصول الثمار.

«لاتبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه» وزاد فى حديث شعبة «فقل لا بن عمر: ماصلاحه؟ قال: تذهب عاهته»^(١).

وفى البخاري عن سالم بن عبد الله عن ابن عمر رضى الله عنهما: أن رسول الله - ﷺ - قال «لاتبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه ، ولا تبیعوا الثمر بالتمر»^(٢)، وأعاده بلفظ «لاتبيعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها ...» الحديث^(٣) وهذا الحديث عند مسلم لكن بلفظ «نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه ، وعن بيع الثمر بالتمر»^(٤) وفى لفظ له «لاتبتاعوا الثمر حتى يبدو صلاحه ، ولا تبتاعوا الثمر بالتمر»^(٥).

٣- وأما أحاديث أنس. ففى البخارى عن أنس عن النبى - ﷺ - أنه «نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، وعن النخل حتى يزهر. قيل: وما يزهر؟ قال: يحمار أو يصفار»^(٦) ^(٧) والحديث أخرجه الحافظ فى بلوغ المرام عن أنس بلفظ «أن النبى - ﷺ - نهى عن بيع الثمار حتى تزهر، قيل:

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ١٧٩.

(٢) صحيح البخارى بفتح البارى ج ٤ ص ٤٤٨ باب بيع المزينة ... وبيع العرايا.

(٣) المصدر السابق ص ٤٦٥ باب اذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع.

(٤) مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ١٨٢.

(٥) المصدر السابق ص ١٨٣.

(٦) قال الخطابى: قوله «تحمار وتصفار» لم يرد بذلك اللون الخالص من الحمرة والصفرة وإنما أراد حمرة أو صفرة بكمودة فلذلك قال «تحمار وتصفار» قال: ولو أراد اللون الخالص لقال «تحمر وتصفر». قال ابن التين: أراد بقوله «تحمار وتصفار» ظهور أوائل الحمرة والصفرة قبل أن ينضج. قال: وإنما يقال «يفعال» فى اللون المتحير إذا كان لا يزول. وقيل: لافرق إلا أنه يقال: فى هذا المحل المراد به ما ذكر الحديث الآتى وهو قوله «وعن أنس أن النبى - ﷺ - نهى عن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد»: المراد باسوداد

العنب واشتداد الحب بدو صلاحه ، سبل السلام ج ٣ ص ٤٧.

(٧) صحيح البخارى بفتح البارى ج ٤ ص ٤٦٤ باب بيع النخل قبل أن يبدو صلاحها.

وما زهوها؟ قال: تحمار وتصفار» قال: متفق عليه، واللفظ للبخاري^(١) وفي رواية النسائي «قيل يارسول الله» فأفاد أن التفسير مرفوع^(٢).

وفي لفظ للبخاري عن أنس أيضا أن رسول الله - ﷺ - «نهى أن تباع ثمرة النخل حتى تزهر» قال أبو عبد الله: يعنى حتى تحمر^(٣).

أقول: قد فسر أبو عبد الله الزهر بالتلون. لكن من هو عبد الله هذا: قيل: هو المصنف يعنى البخاري. وقيل: هو عبد الله بن المبارك.

قال الحافظ فى الفتح: أبو عبد الله هو المصنف، ورواية الاسماعيلي تشعر بأن قائل ذلك هو عبد الله بن المبارك^(٤) وفي لفظ آخر عن أنس عند البخاري أن رسول الله - ﷺ - «نهى عن بيع الثمار حتى تزهر. فقيل له: وما تزهر؟ قال حتى تحمر. فقال رسول الله - ﷺ -: «أرأيت إن منع الله الثمرة بما يأخذ أحدكم مال أخيه؟»^(٥).

وفي لفظ «أن النبي - ﷺ - نهى عن بيع ثمر التمر حتى يزهر، فقلنا لأنس: مازهوها؟ قال: تحمر وتصفر، أرأيت إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك»^(٦).

وحديث أنس عند مسلم بلفظ «نهى عن بيع ثمر النخل حتى تزهر».

- (١) بلوغ المرام بشرحه سبل السلام ج٣ ص ٤٧ باب الرخصة فى العرايا وبيع أصول الثمار.
- (٢) سبل السلام ج٣ ص ٤٧.
- (٣) صحيح البخاري بفتح الباري ج٤ ص ٤٦٠ ، ورد الشوكاني بهذه الرواية قول الخطابي «وقال الخطابي: أنه لا يقال فى النخل: تزهر وإنما يقال: تزهر لاغير. وهذه الرواية ترد عليه، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٥٩.
- (٤) فتح الباري ج٤ ص ٤٦٠.
- (٥) صحيح البخاري بفتح الباري ج٤ ص ٤٦٥ ، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع.
- (٦) صحيح البخاري بفتح الباري السابق ص ٤٧٢ ، وأنظره أيضا فى نصب الراية ج٤ ص ٥٠.

فقلنا لأنس ما زهوها؟ قال: تحمر وتصفّر. أرايتك إن منع الله الثمرة بهم تستحل مال أخيك» وفي لفظ «نهى عن بيع الثمرة حتى تزهى، قالوا: وما تزهى؟ قال تحمر، فقال: إذا منع الله الثمرة فبم تستحل مال أخيك».

وفي لفظ: أن النبي - ﷺ - قال «إن لم يثمرها الله فبم يستحل أحدكم مال أخيه؟»^(١).

وعن أنس عند ابن ماجة «أن رسول الله - ﷺ - نهى عن بيع الثمرة حتى تزهو، وعن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد»^(٢).

ولفظ الترمذي عنه «أن رسول الله - ﷺ - نهى عن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد» قال أبو عيسى. هذا حديث حسن غريب لانعرفه مرفوعا إلا من حديث حماد بن سلمة^(٣).

ولفظ أبى داود عنه^(٤) هو لفظ الترمذي وكذلك لفظ بلوغ المرام، ومنتقى الأخبار. وفيهما رواه الخمسة إلا النسائي، وفي بلوغ المرام: وصححه ابن حبان والحاكم^(٥).

وفي البخارى عن أنس أنه قاله «نهى رسول الله - ﷺ - عن المحاقلة.

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ٢١٦ ، ٢١٧ باب وضع الجوانح ، والحديث فى منتقى الأخبار عن أنس بلفظه «أن النبى - ﷺ - نهى عن بيع الثمرة حتى تزهى. قالوا: وما تزهى؟ قال: تحمر. وقال: إذا منع الله الثمرة فبم تستحل مال أخيك» أخرجاه. منتقى الأخبار بشرحه نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٥٩ باب النهى عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه. وانظره أيضا فى نصب الرأية ج ٤ ص ٥٠.

(٢) سنن ابن ماجة ج ٢ ص ٧٤٧ باب النهى عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.

(٣) سنن الترمذي ج ٢ ص ١٣ باب ماجة، فى كراهية بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها.

(٤) سنن أبى داود ج ٣ ص ٢٥١ ، باب فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.

(٥) بلوغ المرام بشرحه سهل السلام ج ٣ ص ٤٧ ، منتقى الأخبار بشرحه نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٥٩.

والمخاضرة ، والملازمة ، والمنابهة ، والمزبنة^(١) وهذا الحديث يدخل معنا من جهة أن المخاضرة هي: بيع الثمار والحبوب قبل أن يبدو صلاحها . يقول الصنعاني «المخاضرة: وهي بيع الثمار والحبوب قبل أن يبدو صلاحها»^(٢).

وفى الفتح: المخاضرة بالحاء والضاد المعجمتين ، وهي مفاعلة من الخضرة والمراد بيع الثمار والحبوب قبل أن يبدو صلاحها.

وقال الحافظ: زاد الاسماعيلي في روايته « قال يونس بن القاسم: والمخاضرة بيع الثمار قبل أن تطعم، وبيع الزرع قبل أن يشتد ويفرك منه ».

وللطحاوي قال عمر بن يونس: فسر لي أبي في المخاضرة قال: لا يشتري من ثمر النخل حتى يوضع: يحمر أو يصفر^(٣). ويقول ابن بركة الاباضي «وأما نهى النبي - ﷺ - عن بيع المخاضرة ، فهو عندي والله أعلم: بيع الثمار خضراء لم تدرك ويبدو صلاحها»^(٤)، ويقول ابن قدامة «والمخاضرة بيع الزرع الأخضر والثمرة قبل بدو صلاحها بغير شرط

(١) صحيح البخاري بفتح الباري ج٤ ص ٤٧٢ باب بيع المخاضرة . وانظره في بلوغ المرام بشرحه سبل السلام ج٣ ص ٢٠ «كتاب البيوع» نصب الراية ج٤ ص ١٢ «باب البيوع الفاسد» منتقى الأخبار بشرحه نيل الأوطار ج٦ ص ٢٣٣ «باب النهي عن بيع الغرر» ، وأما ألفاظ الحديث فالملازمة والمنابهة قد سبق بيان معناهما في التمهيد «الغرر» . وأما المحاكلة فهي عند الجمهور خاصة بالزرع وهي بيع الطعام في سنبله بالهر مأخوذة من الحقل وهو كما قال الليث: الزرع إذا تشعب من قبل أن يغلف سوقه . وقال مالك: المحاكلة كراء الأرض بالحنطة أو بكيل طعام أو إدام . والمشهور أن المحاكلة كراء الأرض ببعض ماتبت . فتح الباري ج٤ ص ٤٧٢ ، وأما المزبنة فهي كما في حديث أبي سعيد الخدري وغيره في الصحيحين «بيع مائتي رؤوس النخل بالتمر» صحيح البخاري بفتح الباري ج٤ ص ٤٤٩ «باب بيع المزبنة ...» مسلم بشرح النووي ج١٠ ص ٢٠١ «باب كراء الأرض».

(٢) سبل السلام ج٣ ص ٢٠ ، وانظر نيل الأوطار ج٦ ص ٢٣٤.

(٣) فتح الباري ج٤ ص ٤٧٢.

(٤) الجامع لابن بركة ج٢ ص ٣٧٧.

القطع»^(١)، أي أن البيع المنهى عنه هو بيعها بغير شرط القطع وسيأتى. ومثل هذا ذكر الزيلعى وغيره^(٢).

٤- وأما أحاديث جابر بن عبد الله.

فعنه رضى الله عنه عند البخارى أنه قال «نهى النبى - ﷺ - أن تباع الثمرة حتى تشقق»^(٣) فقيل: وما تشقق؟ قال: تحمر وتصفر ويؤكل منها»^(٤) والحديث بلفظه عند أبى داود^(٥).

ولفظ مسلم عن جابر «نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة، وأن تشتري النخل حتى تشقه»^(٦). والاشقاء: أن يحمر أو يصفر أو يؤكل منه شئ»^(٧)، وبهذا اللفظ فى منتقى الأخبار^(٨) وفى لفظ لمسلم عنه «نهى عن المزابنة والمحاقلة والمخابرة»^(٩) وعن بيع الثمرة حتى تشقق. قال: قلت

- (١) المغنى ج٤ ص ٢٩٨ ، والشرح الكبير ج٤ ص ١٦٥ .
- (٢) تبين الحقائق ج٤ ص ٤٧ ، وانظر المنتقى للباي ج٤ ص ٢٤٦ .
- (٣) بضم أو له من الرباعى واسكان الشين . يقال: أشقق ثمر النخل اشقاقا إذا احمر أو اصفر ، والاسم الشقق بضم الشين وسكون القاف ، وذكره مسلم من وجه آخر عن جابر بلفظ «حتى تشقه» فأبدل من الحاء هاء لقربها منها . فتح البارى ج٤ ص ٤٦٢ ، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٣ ، قال النووي: وهما جائزان تشقه وتشقق ومعناها واحدا ، ومنهم من أنكر تشقه وقال: المعروف بالحاء ، والصحيح جوازهما . وقيل: إن الهاء بدل من الحاء كما قالوا: مدحه ومدده . وقد فسر الراوي: الاشقاء والاشقاق بالاحمرار والاصفرار ، شرح مسلم ج١٠ ص ١٩٤ ، ١٩٥ .
- (٤) صحيح البخارى بفتح البارى ج٤ ص ٤٦٠ .
- (٥) سنن أبى داود ج٣ ص ٢٥١ باب فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها .
- (٦) بضم أوله ثم شين معجمة ثم قاف . وفى رواية البخارى السابقة «تشقق» وهو الأصل ، والهاء بدل من الحاء لقربها منها . وقد تقدم أن اشقاق النخل احمراره واصفراره ، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٣ ، فتح البارى ج٤ ص ٤٦٢ .
- (٧) مسلم بشرح النووي ج١٠ ص ١٩٤ البيوع المنهى عنها .
- (٨) منتقى الأخبار بشرحه نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٢ باب النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها .
- (٩) المخابرة هى المزاولة وهى المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها من الزرع مشتق (=)

لسعيد: ماتشعق؟ قال: تحمار وتصفار ، ويؤكل منها»^(١).

وفى مسلم عن جابر أن رسول الله - ﷺ - قال «لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة»^(٢) فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟»^(٣) ، والحديث فى بلوغ المرام بلفظه وقال: رواه مسلم^(٤) وأيضا فى منتقى الأخبار . قال: رواه مسلم ، وأبو داود ، والنسائى ، وابن ماجه^(٥).

وفى البخارى عن جابر قال «نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع الثمر حتى يطيب»^(٦) ولا يباع شئ منه إلا بالدينار والدرهم إلا العرايا^(٧)»^(٨).

(=) من الحيار وهى الأرض الرخوة ذات الحجارة . وكان ابن الأعرابى يقول: أصل المخابرة من خبير لأن النبى - ﷺ - حين غلب عليهم على النصف فقبل: خابهم ، انظم المستعذب ج١ ص ٢٧٥ ، المذهب ج١ ص ٢٧٥ ، الأم ج٢ ص ٦٣ مجلد ٢ باب المزينة ، الجامع لابن بركة ج٢ ص ٣٧٧ ، سهل السلام ج٢ ص ١٩ ، سنن أبى داود ج٢ ص ٢٦٠ ، الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٥٤.

(١) مسلم بشرح النووي ج١٠ ص ١٩٥.

(٢) الجائحة: أفة تصيب الزرع والثمر ، سهل السلام ج٢ ص ٤٨.

(٣) مسلم بشرح النووي ج١٠ ص ٢١٦ باب وضع الجوانح.

(٤) بلوغ المرام بشرحه سهل السلام ج٢ ص ٤٨.

(٥) منتقى الأخبار ج٦ ص ٢٦٤ باب الثمرة المشتراة يلحقها جائحة ولفظ أبى داود «أن رسول الله - ﷺ - قال: إن بعت من أخيك ثمرا فأصابتها جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟» سنن أبى داود ج٢ ص ٢٧٤ باب فى وضع الجوانح. ولفظ ابن ماجه «أن رسول الله - ﷺ - قال: من باع ثمرا فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئا ، علام يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم» سنن ابن ماجه ج٢ ص ٧٤٧ باب بيع الثمار سنين الجوانح.

(٦) أى بعد أن يطيب ، فتح البارى ج٤ ص ٤٥٣ وقال الحافظ: وفى رواية ابن عبينه «حتى يبدو صلاحه».

(٧) اختلف العلماء سلفا وخلفا فى تفسير العرايا وقد فسرها بحيان بن سعيد الأنصارى كما فى صحيح مسلم بتفسيرين. الأول: أن يشتري الرجل ثمر النخلات لطعام أهله رطباً بخرصها تمرا. الثانى: النخلة تجعل للقوم فيبيعونها بخرصها تمرا. صحيح مسلم بشرح النووي ج١٠ ص ١٨٤ باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا فى العرايا . وانظره فى سنن ابن ماجه ج٢ ص ٧٦٢ كتاب التجارات باب/ ٥٥ ، أقول: وعلى كل تفسير منهما فريق من الفقهاء.

(٨) صحيح البخارى بفتح البارى ج٤ ص ٤٥٢ باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة.

ولفظ مسلم عنه «نهى عن المخايرة والمحايلة والمزابنة وعن بيع الثمرة حتى تطعم»^(١) ولا تباع إلا بالدرهم والدنانير إلا العرايا»^(٢)، ولفظ أبى داود عنه «نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه» ولا يباع إلا بالدينار أو بالدرهم إلا العريا»^(٣)، قال ابن بطال: إنما اقتصر على الذهب والفضة لأنهما جل ما يتعامل به الناس، وإلا فلا خلاف بين الأمة فى جواز بيعه بالعروض يعنى بشرطه^(٤).

وفى لفظ عن جابر عند مسلم «نهى رسول الله - ﷺ - عن كراء الأرض، وعن بيعها السنين» وعن بيع الثمر حتى يطيب»^(٥).

وفى لفظ عن جابر عند ابن ماجه «نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه»^(٦).

وبهذا اللفظ عند مسلم^(٧) وعنده بلفظ «نهى أو نهانا رسول الله - ﷺ - عن بيع الثمر حتى يطيب»^(٨)، قال صاحب منتقى الأخبار عن جابر «أن النبي - ﷺ - نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه» وفى رواية «حتى يطيب» وفى رواية «حتى يطعم»^(٩) وهذه الروايات كلها عند مسلم.

٥- أحاديث ابن عباس. روى الطبرانى فى الكبير عن ابن عباس

(١) تطعم: بضم التاء وكسر العين: أي يبدو صلاحها وتصير طعاما يطيب أكلها. شرح مسلم للنووي ج ١٠ ص ١٩٤.

(٢) مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ١٩٤ البيوع المنهى عنها.

(٣) سنن أبى داود ج ٣ ص ٢٥١ باب فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.

(٤) فتح البارى ج ٤ ص ٤٥٣.

(٥) مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ١٩٦ باب كراء الأرض.

(٦) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٤٧.

(٧) مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ١٨٠.

(٨) المصدر السابق.

(٩) منتقى الأخبار بشرحه نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٢.

رضى الله عنهما قال «نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع الشمرة حتى تطعم»
وفى رواية «نهى عن بيع الشمر حتى يبدو صلاحه» قال فى مجمع الزوائد:
رواه الطبرانى فى الكبير من طرق، ورجال بعضها ثقات^(١). ورى عنه فى
الأوسط بلفظ «نهى رسول الله - ﷺ - أن تباع ثمرة حتى تطعم ولاصوف
على ظهر ولا لبن فى ضرع» قال فى مجمع الزوائد: قلت: النهى عن بيع
الشمرة فى الصحيح رواه الطبرانى فى الأوسط ورجالها ثقات^(٢)، ولفظه عند
الدار قطنى عن ابن عباس قال «نهى النبي - ﷺ - أن يباع ثمر حتى يطعم ،
أو صوف على ظهر ، أو لبن فى ضرع ، أو سمن فى لبن»^(٣).

وعند مسلم عن أبى البختري قال: سألت ابن عباس عن بيع النخل
فقال «نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل^(٤)
وحتى يوزن ، قال: فقلت: ما يوزن؟ فقال رجل عنده: حتى يحزر^(٥)»^(٦).

٦- وفى الباب عن سمرة قال «إن رسول الله - ﷺ - كان ينهى رب
النخل أن يتدين فى ثمر نخله حتى يؤكل من ثمرها ، مخافة أن يتدين بدين
كثير فتفسد الشمرة فلا يوفى عنه ، وكان ينهى رب الزرع أن يدين فى زرعه
حتى يبلغ الحصد» رواه الطبرانى والبخارى . وفيه مروان بن جعفر السمري
وثقه ابن أبى حاتم، وقال الأزدي: يتكلمون فيه^(٧).

- (١) مجمع الزوائد ج٤ ص ١٨٤ باب بيع الثمر قبل بدو صلاحه.
- (٢) المصدر السابق ص ١٨٣ باب بيع اللبن فى الضرع وغير ذلك.
- (٣) منتقى الأخبار بشرحه نيل الأوطار ج٦ ص ٢٣٢ باب النهى عن بيع الفروع.
- (٤) معناه حتى يصلح لأن يؤكل فى الجملة وليس المراد كمال أكله ، وذلك يكون عند بدو
الصلاح ، شرح مسلم للنووي ج١٠ ص ١٨١.
- (٥) تفسيره يوزن بهحزر ظاهر لأن الحزر ، وهو الخرص طريق إلى معرفة قدره ، وكذا الوزن.
ويحزر هو بتقديم الزاي على الراء ، ووقع فى بعض الأصول بتقديم الراء وهو تصحيف.
وهذا التفسير عند العلماء أو بعضهم فى معنى المضاف إلى ابن عباس لأنه أقر قائله
عليه ولم ينكره ، وتقريره كقوله . شرح مسلم السابق.
- (٦) صحيح مسلم بشرح النووي ج١٠ ص ١٨١.
- (٧) مجمع الزوائد ج٤ ص ١٨٤ ، ١٨٥ باب الدهن على الثمر والزرع.

٧- وفى الباب عن عائشة رضى الله عنها عن النبى - ﷺ - قال «لاتبيعوا ثماركم حتى يبدو صلاحها وتنجو من العاهة» رواه أحمد ورجاله ثقات (١).

٨- وفى الباب عن أبى سعيد (٢) عن النبى - ﷺ - قال «لاتبيعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها» قيل: وما صلاحها؟ قال «تذهب عاهتها ويخلص صلاحها» رواه البزار والطبراني فى الأوسط إلا أنه قال «لاتبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه». وفى إسناده البزار: عطية ، وهو ضعيف وقد وثق . وفى إسناده الطبراني: جابر الجعفى وهو ضعيف ، وقد وثق (٣).

٩- وفى الباب عن أبى أمامة قال: قال رسول الله - ﷺ - «لاتبيعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها» رواه الطبراني فى الكبير ورجاله رجال الصحيح (٤).

١٠- وفى الباب عن عمران بن حبان الأنصاري عن أبيه قال «خطب رسول الله - ﷺ - يوم خيبر فنهاهم أن يبيع سهم من مغنم حتى يقسم ، وأن توطأ الحبالى حتى يضعن ، وعن الثمرة أن تباع حتى يبدو صلاحها ويؤمن عليها العاهة» (٥).

١١- وفى الباب عن أبى هريرة عند مسلم قال: قال رسول الله - ﷺ - «لاتبتاعوا الثمار حتى يبدو صلاحها» وفى لفظ «لاتبتاعوا الثمر حتى يبدو

(١) المصدر السابق ص ١٨٣ باب بيع الثمرة قبل بدو صلاحها.

(٢) هو أبو سعيد الخدرى. فى الصحاح: وخدرة بالضم قبيلة من الأنصار منهم أبى سعيد الخدرى. يعنى بالدال المهملة. حاشية أبى ستة على الإيضاح ج٥ ص ٥٧ ، المصباح المنير ج١ ص ١٦٥ كتاب الحاء.

(٣) مجمع الزوائد، ج٤ ص ١٨٣ ، ١٨٤ . ولا حظ الإيضاح للشماخى ج٥ ص ٥٧.

(٤) المجمع السابق ص ١٨٤.

(٥) المصدر السابق ص ١٨٢ باب بيع المغنم قبل القسمة.

صلاحه ولا يتبتاعوا الثمر بالثمر»^(١)، ولفظ ابن ماجة «لاتبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه»^(٢)، وفي منتقى الأخبار بلفظ «لاتتبايعوا الثمار حتى يبدو صلاحها» رواه أحمد ومسلم والنسائي وابن ماجة^(٣) وفي لفظ لأبي داود عن أبي هريرة قال «نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع الفنائم حتى تقسم وعن بيع النخل حتى تحرز من كل عارض ، وأن يصلى الرجل بغير حزام»^(٤).

أقول: مما سبق فى النص الحاكم لبيع الثمار والزروع بعد ظهورها يتضح الآتى:

١- هذه الأحاديث رواها عن رسول الله - ﷺ - زيد بن ثابت ، وعبد الله بن عمر ، وأنس ، وجابر بن عبد الله ، وأبو هريرة ، وعبد الله بن عباس ، وعائشة ، وأبو سعيد الخدري ، وسمرة ، وأبو أمامة رضى الله عنهم أجمعين.

٢- هذه الأحاديث وردت فى الصحيحين وفى غيرهما من كتب السنن والمسانيد.

٣- من الأحاديث كحديث زيد بن ثابت الذى رواه عنه سهل بن أبى حشمة عند البخاري وهو الحديث الأول فى النص الحاكم لم يجزم بالنهي عن بيع الثمار والزروع قبل بدو صلاحها ، وقد تمسك به من قال: أن النهى للتنزيه ومن ثم أجاز بيعها. بينما باقى الأحاديث كلها صرحت بالنهي ، وقد تمسك بظاهرها من تمسك ، وترك هذا الظاهر من ترك فى بعض الأحوال لزوال علة النهى فى نظره.

(١) مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ١٨٢.

(٢) سنن ابن ماجة ج ٢ ص ٧٤٦.

(٣) منتقى الأخبار بشرحه نبيل الأوطار ج ٦ ص ٢٥٩.

(٤) سنن أبى داود ج ٣ ص ٢٥٠ باب فى بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها . وانظره فى سنن

البيهقى ج ٥ ص ٣٠٢.

٤- بعض الأحاديث صرحت بعلّة النهي والبعض الآخر لم يصرح بها. كما أن بعضها صرح بتفسير بدو الصلاح والبعض الآخر لم يصرح ، وهل هذا التفسير عن رسول الله - ﷺ - ، أم من قول الراوي؟ صرحت بعض الروايات برفعه إلى رسول الله - ﷺ -.

٥- ألفاظ الأحاديث وإن اختلفت إلا أن معانيها متحدة . يقول الماوردي بعد ذكره لعدة أحاديث منها « فهذه خمسة أحاديث تمنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح ، وألفاظها وإن كانت مختلفة فمعانيها متفقة ، فيحتمل أن يكون النبي - ﷺ - قال هذه الألفاظ المختلفة في أزمان مختلفة، فنقل كل واحد من الرواة ما سمعه من لفظه ، ويحتمل أن يكون النبي - ﷺ - قال أحد هذه الألفاظ فنقل كل واحد من الرواة المعنى وعبر عنه بغير ذلك اللفظ ، فكان اختلاف الألفاظ من جهة الرواة ، ويجوز عندنا مثل هذا، أن يعبر الراوي عن المعنى بغير اللفظ المسموع إذا كان المعنى جلياً »^(١).

٦- بعض الأحاديث وإن كانت في ثمر النخل إلا أن الفقهاء أعطوا سائر الثمار نفس الحكم . فيكون ذكر النخل في الأحاديث لكونه كان الغالب في ذلك الزمن.

يقول الحافظ في الفتح « وقع التقييد بالنخل في هذه الطريق ، وأطلق في غيرها ، ولا فرق في الحكم بين النخل وغيره ، وإنما ذكر النخل لكونه كان الغالب عندهم »^(٢) و لهذا فإنه عندما تذكر « الثمار » يقولون « أعم من الرطب وغيره »^(٣).

وقد صرح امامنا الشافعي بهذا في أكثر من موضع من كتابه الأم

(١) الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٢٨.

(٢) فتح الباري ج٤ ص ٤٦٣.

(٣) المصدر السابق ص ٤٦١ ونيل الأوطار ج٦ ص ٢٥٩.

نذكر بعضا منها:

روى الزبيد بسنده عن ابن جريج عن عطاء عن جابر إن شاء الله « أن رسول الله - ﷺ - نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه » قال ابن جريج: فقلت: أخص جابر النخل أو الثمر؟ قال: بل النخل ولانرى كل ثمرة إلا مثله.

وبعد ذكر عدة أحاديث وآثار ، قال الشافعي « وبهذا كله نقول » وفي الزرع قال الشافعي: عن ابن جريج أن عطاء قال « كل شئ تنبت الأرض مما يؤكل من خربز^(١) أو قشاة^(٢) أو بقل^(٣) لا يباع حتى يؤكل منه كهينة النخل^(٤) ». وسنجد هذا واضحا عند التعرض للحكم عند الفقهاء.

٧- دعوى الادراج فى « أرايت إن منع الله الثمرة ... الخ » والجواب. فى حديث أنس عند البخارى ومسلم وغيرهما « أرايت إن منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟ ».

(١) الخربز: البطيخ بكسر الباء . القاموس المحيط ص ٤٥٩ مادة: خربز.

(٢) القشاة: الخيار. الوحدة « قشاة » و « القشاة » و « المقشوة » موضعه . مختار الصحاح ص ٢٧٠ باب القاف . وفى المصباح: القشاة: فعال وهمزته أصلية وكسر القاف أكثر من ضمها وهو اسم لما يسميه الناس الخيار والعجور والفقوس . الواحدة « قشاة » وأرض « مقشاة » وزان مسبعة . وضم الشاء لغة « ذات قشاة » . وبعض يطلق « القشاة » على نوع يشبه الخيار ، وهو مطابق لقول الفقهاء فى الربا . وفى « القشاة » مع الخيار وجهان ، ولو حلف لا يأخذ الفاكهة حث بالقشاة والخيار ، المصباح المنير ج ٢ ص ٤٩٠ كتاب القاف.

(٣) البقل معروف. الواحدة: بقلة. والبقلة أيضا: الرجل. وهى البقلة الحمقاء . والمبقلة: موضع البقل. وأبقلت الأرض أنبتت البقل فهى مبقلة على القياس. وأبقل القوم. وجدوا بطلا . وقيل كل نبات اخضرت به الأرض فهو بقل . قاله ابن فارس . المصباح المنير ج ١ ص ٥٨ كتاب الباء ، مختار الصحاح ص ٣٨ ، ٣٩ باب الباء.

(٤) الأم ج ٣ ص ٤٨ مجلد ٢ باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار ، وانظر ص ٦٥ باب وقت بيع الفاكهة . وأيضا فى اختلاف مالك والشافعى بهامش الأم ج ٣ ص ٥٢ مجلد ٢ باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار.

هكذا صرح مالك برفع هذه الجملة ، وتابعه محمد بن عباد عن الدراوردي عن حميد مقتصرًا على هذه الجملة الأخيرة.

وجزم الدارقطني وغير واحد من الحفاظ بأنه أخطأ فيه ، وبذلك جزم ابن أبي حاتم في «العلل» عن أبيه وأبي زرعة ، والخطأ في رواية عبد العزيز من محمد بن عباد ، فقد رواه إبراهيم بن حمزة عن الدراوردي كرواية اسماعيل بن جعفر . ورواه معتمر بن سليمان وبشر بن الفضل عن حميد فقال فيه «قال: أقرأيت ... الخ» قال: فلا أدري أنس قال «بهم يستحل» أو حدث به عن النبي - ﷺ - ، أخرجه الخطيب في «المدرج» ورواه اسماعيل بن جعفر عن حميد فعطفه على كلام أنس في تفسير قوله «تزهى» وظاهره الوقف.

وأخرجه الجوزقي من طريق يزيد بن هارون ، والخطيب من طريق أبي خالد الأحمر كلاهما عن حميد بلفظ «قال أنس: أ رأيت إن منع الله الثمرة» الحديث. ورواه ابن المبارك وهشيم عن حميد فلم يذكر هذا القدر المختلف فيه ، وتابعهما جماعة من أصحاب حميد عنه على ذلك أ. هـ^(١).

والخلاصة: أن الإمام مالكا رفع هذه الجملة إلى النبي - ﷺ - ، وتابعه البعض على هذا. وذهب البعض إلى وقفها على أنس فهي من كلامه لا من كلام النبي - ﷺ - ورده الحفاظ فقال: قلت: وليس في جميع ما تقدم ما يمنع أن يكون التفسير مرفوعا ، لأن مع الذي رفعه زيادة على ما عند الذي وقفه، وليس في رواية الذي وقفه ما ينفي قول من رفعه . وقد روى مسلم من طريق أبي الزبير عن جابر ما يقوي رواية الرفع في حديث أنس ولفظه «قال رسول الله - ﷺ - : لو بيعت من أخيك ثمرا فأصابته عاهة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا ، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟»^(٢).

(١) فتح الباري ج٤ ص ٤٦٥ ، ٤٦٦ .

(٢) المصدر السابق.

المبحث الثاني

حكم بيع الثمار والزروع

بعد ظهورها

تمهيد:

لقد كثر الخلاف بين الفقهاء في حكم بيع الثمار على رؤوس أشجارها والزروع في أرضها بعد ظهورها . وكثرت الحكايات عن المذاهب حتى أنه قد حكى عن الامام الشافعي جواز البيع مطلقا قبل بدو الصلاح مع أن مذهبه رحمه الله غير ذلك . ومن الفقهاء من منع هذا البيع مطلقا قبل الصرام^(١) ، ومنهم من أجازة قبل الصرام وقبل بدو الصلاح . ومنهم من يفصل والجمهور على التفصيل^(٢) . وأيضا فقد كثرت دعاوى الاجماع في هذه المسألة ، وقد نبه الحافظ في الفتح والشوكاني في نيل الأوطار على أن دعاوى الاجماع في بعض المواطن في هذه المسألة فيها مجازفة ، وموهومة كما أشرنا إلى ذلك في مقدمة البحث وذكرنا نصهما في هذا هناك^(٣) .

ولما كان ذلك كذلك فاننا سنتناول هذه المسألة عند الفقهاء على النحو التالي في مطلبين.

(١) الصرام بفتح الصاد وكسرهما: القطع . صرم الشبي: قطعه . وصرم الرجل قطع كلامه . والاسم: الصرم بالضم ، وصرم النخل جده ، وأصرم النخل: حان له أن يصرم . والانصرام: الانقطاع ، والتصارم: التقاطع ، والتصرم: التقطع . والصرام بفتح الصاد وكسرهما: جداد النخل . والصارم: السيف القاطع ، والصريم أيضا: المجدود المقطوع . مختار الصحاح ص ١٩٢ باب الصاد . المصباح المنير ج ٢ ص ٣٣٩ كتاب الصاد . وأنظر شرح النيل ج ٨ ص ١٠٧ وحاشية أبي ستة على الايضاح ج ٥ ص ٥٨ .

(٢) يقول الحافظ « وإلى الفرق بين ما قبل ظهور الصلاح وبعده ذهب الجمهور » فتح الباري ج ٤ ص ٤٦٣ .

(٣) راجع النص في المقدمة ص ٨ عند « تنبيه » من فتح الباري ج ٤ ص ٤٦١ . ونيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٠ ، ومن ذكر هذا الخلاف الصنعاني في سبل السلام ج ٢ ص ٢٠ .

المطلب الأول: الاتجاه الذي لم يفصل .

المطلب الثانى: الاتجاه الذاهب إلى التفصيل ، وهو للجمهور.

المطلب الأول

الاتجاه الذي لم يفصل

وفيه ثلاثة فروع.

الفرع الأول: القائلون بالمنع مطلقا قبل الصرام.

الفرع الثانى: القائلون بالمنع مطلقا قبل بدو الصلاح وبيان مذهب ابن حزم الظاهرى.

الفرع الثالث: القائلون بالجواز مطلقا قبل بدو الصلاح.

الفرع الأول

القائلون بالمنع

مطلقا قبل الصرام

أقول: ذكر ابن رشد أنه لا خلاف فى بيع الثمار والزروع بعد الصرام أي بعد القطع. قال «وأما بيعها بعد الصرام فلا خلاف فى جوازها»^(١)، ويقول أطفيش «ولا خلاف فى جواز البيع بعد الصرام أي بعد قطع الثمار ووصولها الأرض»^(٢). ويقول أبو ستة «يجوز بيع الثمار بعد القطع بالاجماع على أي وجه كان»^(٣).

(١) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٦.

(٢) شرح النبيل ج٨ ص ١٠٩ ، وانظر الايضاح ج٥ ص ٥٨.

(٣) حاشية أبى ستة على الايضاح السابق ص ٦٥ ، أقول: ودعوى الاجماع أو عدم الخلاف المذكور غير مسلم. فقد خالف ابن حزم الظاهرى حيث منع بيع ثمرة النخل بعد الصرام إذا جذت قبل الزهر . كما منع بيع سنبل الزرع بعد الصرام إذا كان قد حصد قبل اشتداد حبه، وسيأتى مذهبه.

أما قبل الصرام فقد منعه مطلقا أبو سلمة بن عبد الرحمن، وعكرمة. يقول ابن رشد «بيع الثمار التي خلقت على رؤوس أشجارها؛ وأما بيعها بعد أن خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذي سنذكره إلا ماروي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، وعن عكرمة أنه لا يجوز إلا بعد الصرام»^(١). وقد روى عن عكرمة أنه يكره بيع القصيل «عن ابن عباس قال: نهى رسول الله - ﷺ - عن المحاقلة والمزابنة، وكان عكرمة يكره بيع القصيل»^(٢). والقول بالمنع مطلقا ذكره الشماخي الاباضي دون نسبة «ومن العلماء من لا يجوز بيع الغلة على الأشجار كلها طابت أو لم تطب»^(٣)، وذكره الشميني في النيل، وأطفيش في شرحه^(٤).

هذا. ولم يذكر ابن رشد ولا غيره دليلا لأصحاب هذا الاتجاه. ولعل الدليل: ظاهر أحاديث النهي عن الفرر الناشئ عن الجهل بالمبيع إذ أن بيع الثمار على رؤوس أشجارها إنما هو بيع يقع على الجزاف الذي لا يمكن ضبطه في نظرهم، أو من جهة الخطر لعدم أمان العاهة مادامت الثمرة على الشجرة، وما دام الزرع في الأرض وعلى كل حال فهذا الاتجاه مردود لكونه مصادم لظاهر النص.

يقول الشماخي «ومن العلماء من لا يجوز بيع الغلة على الأشجار كلها طابت أو لم تطب، والصحيح أن بيعها جائز إذا أدركت وأمن من فسادها» قال أبو ستة في الرد على المانعين «قوله: ومن العلماء... الخ

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٦.

(٢) مجمع الزوائد ج ٤ ص ١٨٦ باب المحاقلة والمزابنة. والقصيل: الزرع الأخضر، وهو الشعير يجز أخضر لعلف الدواب، سمي قصيلا لأنه يقصل وهو رطب أو لسرعة انقصاله وهو رطب. والقصل: القطع، ومنه سمي القصيل. مختار الصحاح ص ٢٧٨ باب القاف، الصباح المنير ج ٢ ص ٥٠٦ باب القاف، وسيأتي في حكم بيع ما يثمر بطونا.

(٣) الايضاح ج ٥ ص ٦٤.

(٤) النيل وشرحه ج ٨ ص ١١٧.

-فيه أن صاحب هذا القول مصادم لظاهر النص»^(١)، فظاهر النصوص المنع قبل بدو الصلاح وهي على الأشجار لا بعد الصرام، كما أن ظاهر النصوص الجواز بعد بدو الصلاح حتى ولو كانت على الأشجار «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها فما بعد الغاية مخالف لما قبلها وسيأتى أنه قول عامة فقهاء الأمصار.

الفرع الثاني

القائلون بالمنع مطلقا قبل بدو الصلاح وبيان مذهب ابن حزم الظاهري

ذهب ابن أبي ليلى والثوري أنه لا يجوز بيع الثمار على رؤوس أشجارها قبل الزهو ، ولو على شرط القطع . وهو أيضا ظاهر كلام الهادي والقاسم . واختاره الشوكاني . وقد ضعف ابن رشد هذه الرواية عن ابن أبي ليلى والثوري . وأيضا فإن من نقل الاجماع على هذا القول فقدوهم كما للحافظ فى الفتح .

يقول ابن رشد «فأما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف فى جوازه إلا ما روى عن الثوري ، وابن أبي ليلى من منع ذلك ، وهي رواية ضعيفة»^(٢) . ويقول الشوكاني «والأحاديث المذكورة فى الباب تدل على أنه لا يجوز بيع الثمار قبل بدو صلاحها . وقد اختلف فى ذلك على أقوال: الأول: أنه باطل مطلقا وهو قول ابن أبي ليلى والثوري وهو ظاهر كلام الهادي والقاسم . قال فى الفتح: ووهم من نقل الاجماع فيه»^(٣) ويقول الحافظ فى الفتح «وقد اختلف فى ذلك على أقوال: فقيل: يبطل مطلقا وهو قول ابن أبي ليلى والثوري ، ووهم من نقل الاجماع على البطلان»^(٤) .

(١) الايضاح وحاشية أبي سنة ج ٥ ص ٦٤ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٦ .

(٣) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٠ .

(٤) فتح الباري ج ٤ ص ٢٦١ .

ويقول ابن حزم «ومن منع بيع الثمرة قبل بدو صلاحها جملة لا بشرط القطع ولا بغيره: سفيان الثوري وابن أبي ليلى»^(١).

أدلة أصحاب هذا القول:

استدلوا على قولهم بالبطلان مطلقا بأحاديث النهي عن بيع الثمار والزروع قبل بدو صلاحها والتي سبق ذكرها في النص الحاكم . يقول الشوكاني «والاحاديث المذكورة في الباب تدل على أنه لا يجوز بيع الثمر قبل بدو صلاحها»^(٢).

ويقول الحافظ عند حديث جابر الذي في البخاري أن النبي - ﷺ - «نهى أن تباع الثمرة حتى تشقق. فقيل: وماتشقق؟ قال: تحمار وتصفار ، ويؤكل منها»^(٣). يقول: وفيه دليل على أن المراد ببدا صلاح قدر زائد على ظهور الثمرة ، وسبب النهي عن ذلك خوف الغرر لكثرة الجوائح فيها. وقد بين ذلك في حديث أنس «فاذا احمرت وأكل منها أمنت العاهة عليها»^(٤)، أي غالبا^(٥).

وفي حديث عبد الله بن عمر الذي في الصحيحين «أن رسول الله - ﷺ - نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع»^(٦). والمبتاع هو المشتري^(٧)، يقول الصنعاني «والحديث دليل على النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها»^(٨). ويقول الماوردي بعد ذكره لعدة أحاديث من

(١) المحلى ج٧ ص ٣٣٨ مسألة ١٤٥٢.

(٢) نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٠ ، وانظر نتائج الأقوال ج٢ ص ٥٢.

(٣) أنظر أحاديث جابر في النص الحاكم «٤» ص ٨١.

(٤) أنظر أحاديث أنس في النص الحاكم «٣» ص ٧٧.

(٥) فتح الباري ج٤ ص ٤٦٤.

(٦) أنظر أحاديث عبد الله بن عمر في النص الحاكم حديث رقم (٢) ص ٧٤.

(٧) فتح الباري ج٤ ص ٤٦١.

(٨) سبل السلام ج٣ ص ٤٦ ، المتقى ج٤ ص ٢٤٨.

أحاديث النهي «فهذه خمسة أحاديث تمنع من بيع الثمار قبل بدو صلاحها وألقاؤها وإن كانت مختلفة فمعانيها متفقة»^(١).

والنهي موجه للبائع والمشتري أما البائع فلائمه يريد أكل المال بالباطل، وأما المشتري فلائمه يوافق على حرام ولأنه يضيع ماله ، وقد نهى عن إضاعة المال^(٢)، فقد روى البخاري تعليقا «ونهى النبي - ﷺ - عن إضاعة المال»^(٣)، وهو طرف من حديث المغيرة في آخر صفة الصلاة^(٤)، وهو عند مسلم عن أبي هريرة قال «قال رسول الله - ﷺ -: إن الله يرضي لكم ثلاثا فيرضى لكم أن تعبدوه ولا تشركوا به شيئا ، وأن تعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا ، ويكره لكم قيل وقال، وكثرة السؤال ، وإضاعة المال» وفيه عن المغيرة بن شعبه بلفظ «كره» ويلفظ «ونهى عن ثلاث قيل: وقال: وكثرة السؤال وإضاعة المال»^(٥).

وقد انتزع أصحاب هذا القول وجه الدلالة من ظاهر الأحاديث فقالوا: نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ولم يفصل فكان

(١) الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٢٨ ، وانظر سنن الترمذي ج٢ ص ١٣ باب ما جاء في كراهية بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.

(٢) شرح مسلم للنووي ج١٠ ص ١٨٣ ، سبل السلام ج٣ ص ٤٦ ، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٥٩ ، فتح الباري ج٤ ص ٤٦٢ ، حاشية العنقري على الروض ج٢ ص ١٣٢ ، الايضاح للشماخي ج٥ ص ٥٧.

(٣) صحيح البخاري بفتح الباري ج٢ ص ٣٤٥ باب لاصدقة إلا عن ظهر عنى.

(٤) فتح الباري ج٣ ص ٣٤٧ الباب السابق.

(٥) صحيح مسلم بشرح النووي ج١٢ ص ١٣ باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة . وعند الترمذي عن أبي ذر عن النبي - ﷺ - «الزهادة في الدنيا ليست بتحريم الحلال ولا إضاعة المال ...» سنن الترمذي ج٤ ص ١٥٢ باب ما جاء في الزهادة في الدنيا وقال أبو عيسى: هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من هذه الوجه . المصدر السابق. والحديث بلفظ الترمذي عن أبي ذر عند ابن ماجه في سننه ج٢ ص ١٣٧٣ باب الزهد في الدنيا كتاب الزهد.

النهي عاما في كل الأحوال . يقول ابن حزم الظاهري «وما عجز عليه السلام قط عن أن يقول: إلا على القطع أو مع الأصول ، وما قاله عليه السلام قط. فهو شرع لم يأذن به الله تعالى»^(١).

ويقول الشوكاني بعد عرضه للأقوال في المسألة عقب أحاديث الباب «واعلم أن ظاهر أحاديث الباب وغيرها المنع من بيع الثمرة قبل الصلاح وأن وقوعه في تلك الحالة باطل كما هو مقتضى النهي، ومن ادعى أن مجرد شرط القطع يصحح البيع قبل الصلاح فهو محتاج إلى دليل يصلح لتقبيد أحاديث النهي، ودعوى الاجماع على ذلك لاصحة لها لما عرفت من أن أهل القول الأول^(٢) يقولون بالبطلان مطلقا . وقد عول المجوزون مع شرط القطع في الجواز على علل مستنبطة فجعلوها مقيدة للنهي وذلك مما لا يفيد من لم يسمح بمفارقة النصوص لمجرد خيالات عارضة وشبه واهية تنهار بأيسر تشكيك ، فالحق ما قاله الأولون من عدم الجواز مطلقا»^(٣).

أما عن مذهب ابن حزم الظاهري:

فابن حزم يرى الآتي:

١- أن ثمر النخل والعنب لايجوز بيع شيء منه لا وحده ولا مع غيره إلا بعد زهو ثمر النخل ، وإلا أن يبدأ سواد العنب أو طيبه . قال «فانه لايجوز بيع شيء منه لا وحده ولا مع غيره إلا حتى يزهي ثمر النخل ويبدأ سواد العنب أو طيبه»^(٤). ويقول «وأما النخل والعنب فقد خصهما نص

(١) المحلى ج٧ ص ٣٣٧ مسألة ٤٥٢ . قال ذلك في رده قول من أجاز البيع بشرط القطع أو مع الأصول.

(٢) والقول الأول عنده هو القول الذي معنا أعنى قول ابن أبي ليلى والثوري ، والهادي والقاسم في ظاهر كلامهما.

(٣) نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٠ ، ٢٦١.

(٤) المحلى ج٧ ص ٣٨٦ مسألة ١٤٧١.

آخر، وهو نهيه عليه السلام عن بيع ثمر النخل حتى تزهى أو تحمر، وعن بيع العنب حتى يسود أو يبدو صلاحه بدخوله فى سائر الثمار ، وإن كان مما لا يسود ، فلا يجوز بيع شئ من ثمار النخل والعنب إلا حتى يصير المبيع منهما فى حال الازهاء ، أو ظهور الطيب فيه نفسه بالسواد أو بغيره» (١).

هكذا نرى ابن حزم الظاهري يمنع بيع ثمر النخل والعنب قبل بدو الصلاح على الوجه الذي ذكره.

٢- وفى ثمرة النخل وحدها يرى أنه لا يجوز بيعها قبل بدو الصلاح لكن يجوز فيها الاشتراط إن كانت قد أبرت بالفعل أي بفعل الآدمي. أما بعد الزهو فانه يجوز الاشتراط كما يجوز فيها البيع. يقول «ولا يجوز فى ثمرة النخل إلا الاشتراط فقط ، وأما البيع فلا حتى يصير زهوا ، فاذا أزهى جاز فيه الاشتراط مع الأصول وجاز فيها البيع مع الأصول ودون الأصول ، وليس هذا الحكم إلا فى النخل المأبور وحده كما جاء النص (٢) ولو ظهرت ثمرة النخل بغير إبار لم يحل اشتراطها أصلا لأنه خلاف أمر رسول الله - ﷺ -» (٣)، وفى موطن آخر يقول «وأما بعد ظهور الطيب فى ثمرة النخل فانه يجوز فيها الاشتراط إن بيعت الأصول ، ويجوز فيها البيع مع الأصول ودونها . أما الاشتراط فلوقوع الصفة عليها ، وهي قوله عليه السلام «قد أبرت» فهذه ثمرة قد أبرت. وأما جواز بيعها مع الأصول

(١) المصدر السابق ص ٣٨٨ نفس المسألة.

(٢) والنص هو ما فى الصحيحين وغيرهما عن عبد الله بن عمر «أن رسول الله - ﷺ - قال: من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع» صحيح البخاري بفتح الباري ج٤ ص ٤٦٩ ، مسلم بشرح النووي ج١٠ ص ١٩٠ . نصب الراية ج٤ ص ٥ ، سنن ابن ماجه ج٢ ص ٧٤٥ ، ٧٤٦ ، بلوغ المرام بشرحه سبل السلام ج٣ ص ٤٨ ، منتقى الأخبار بشرحه نيل الأوطار ج٦ ص ٢٥٧.

(٣) المحلى ج٧ ص ٣٣٦ مسألة ١٤٥٢.

ودونها ، لا باحة رسول الله - ﷺ - بيعها إذا أزهت » قال « وأما تخصيص النخل بما ذكرنا فلأن النص لم يرد إلا فيها فقط مع وجود الأبار ، والقياس باطل ، والتعليل بظهور الثمرة باطل لأنه دعوى كاذبة بلا دليل . وأما قولنا : لا يجوز في ثمر النخل إلا الاشتراط فقط ما لم تزه فلما ذكرنا قبل من نهى النبي - ﷺ - عن بيع الثمرة حتى تزهى وتحمر ، فلا يجوز بيعها قبل أن تزهى أصلا ، وأباح عليه السلام اشتراطها فيجوز ما أجاز له عليه السلام ويحرم ما نهى عنه ^(١) .

٣- وأما سائر الثمار فإن من باع الأصول وفيها ثمرة قد ظهرت أو لم يبد صلاحها ، فالثمرة ضرورة ولا بد للبائع لا يحل بيعها إلا مع الأصول ولادونها ولا اشتراطها أصلا . ولا يجوز لمشتري الأصول أن يلزم البائع قلع الثمرة أصلا إلا حتى يبدو صلاحها ، فإذا بدا صلاحها فله أن يلزمه أخذ ما يمكن النفع به بوجه من الوجوه ، ولا يلزمه أخذ ما لا يمكن الانتفاع به بوجه من الوجوه ^(٢) .

٤- ويرى ابن حزم أن الزهو شرط في صحة بيع ماله زهو حتى بعد قطعه أما مالا زهو له فليس بشرط في صحة بيعه بعد القطع .

يقول « فإن قطع شيء من الثمرة ، فإن كان قد ترك أزهى إن كان بلحا أو بسرا ، أو ظهر فيه الطيب إن كان من سائر الثمار - لم يحل بيعه حتى يصير في الحال التي أباح رسول الله - ﷺ - بيعه فيها ، فإن كان إن ترك لم يزه أبدا ولا ظهر فيه الطيب أبدا - : حل بيعه بعد القطع لاقبله لأنه حينئذ قد خرج عن الصفة التي أحل رسول الله - ﷺ - جواز بيعه إليها » ^(٣) .

(١) المحلى ج ٧ ص ٣٣٧ مسألة ١٤٥٢ .

(٢) المحلى السابق .

(٣) المحلى السابق ص ٣٣٨ .

٥- أما الزرع فان ابن حزم يرى جواز بيعه قبل أن يسنبل مطلقا وشرط القطع . فاذا سنبل لم يحل بيعه أصلا لا على القطع ولا على الترك إلا حتى يشتد ، فاذا اشتد حل بيعها حينئذ .

يقول ابن حزم «وبيع القصيل قبل أن يسنبل: جائز ... فاذا سنبل الزرع لم يحل بيعه أصلا لا على القطع ولا على الترك إلا حتى يشتد فاذا اشتد حل بيعها حينئذ» (١) .

وكما في ثمر النخل قال ابن حزم في سنبل الزرع إن حصد رطباً قبل أن يشتد فانه لا يجوز بيعه حتى بعد الحصاد وان صفى فصار حياً «قال أبو محمد: فان حصد السنبل رطباً لم يجز بيعه أيضاً لأنه سنبل يكمن فيه بعد أن يشتد ويبيض - وكذلك إذا صفى فصار حياً ولا فرق للنهي عن ذلك أيضاً ، فان كان إن ترك لم ييبس ولكن يفسد: جاز بيعه ، لأنه قد خرج عن الصفة التي جاء النهي عن بيع ما هي فيه» (٢) .

أدلة ابن حزم على ما سبق في مذهبه:

وقد استدلل ابن حزم على عدم صحة بيع الثمار قبل الزهو وقبل بدو الصلاح . وعلى غير ذلك من الأحكام بجمله من أحاديث النهي السابقة في النص الحاكم اختارها هو فاستدل بحديث عبد الله بن عمر . أن رسول الله - ﷺ - «نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمشتري»

(١) المعلى السابق ص ٣٠٨ مسألة ١٤٣٤ ، وسيأتى في حكم ما يثمر بطونا - حكم القصيل ونحوه - حكم الزيادة . والسنبل في لغة العرب معروف وهو في القمح والشعير والعلس والدخن والسلت وسائر ما يسمى في اللغة سنبلا ، المعلى السابق ص ٣٠٩ ، نفس المسألة .

(٢) المعلى السابق ، ولاحظ نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦١ حيث أن الشوكاني كان حزم الظاهري بل استظهر مذهبه . وسيأتى إن شاء الله بتفصيل في حكم بيع القصيل ومنه البرسيم ونحوه مما يجز مره بعد مره .

وعدد طرق هذا اللفظ . واستدل بلفظ آخر عن ابن عمر ، وجابر بن عبد الله وأبي هريرة وعدد طرقه . أن النبي - ﷺ - قال « لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه » .

ثم قال ابن حزم: فصار نقل تواتر عن النبي - ﷺ - ، ومن الصحابة ، وإلى التابعين ، وفيمن دونهم .

ثم ذكر جهة الاستدلال فقال: وبقيين يدري كل ذي فهم وقييز أن نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع ثمر النخل حتى تزهي ، وعن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها: إنما هو بلاشك فيما إن ترك أزهي أو ظهر صلاحه لا يمكن غير ذلك ، وأما ما لا يمكن أن يصير إلى الإزهاء أبداً ، ولا أن يبدو صلاحه أبداً ، فليس هو الذي نهى عليه السلام عن بيعه حتى يزهي أو حتى يبدو صلاحه ، فإذ ليس هو المنهي عن بيعه فقد قال الله تعالى ﴿ وأحل الله البيع ﴾ ^(١) .

أقول: وعبرة ابن حزم الأخيرة « فإذ ليس هو المنهي عن بيعه ... الخ » تعنى جواز بيع ما ليس من شأنه الإزهاء أو بدو الصلاح . وهذا يتناقض مع ما ذكرناه عنه سابقاً ^(٢) من أن هذا النوع ممنوع بيعه قبل القطع ، إلا إذا قلنا أنه يقصد هنا جواز بيعه بعد القطع .

والخلاصة:

أن ابن حزم يرى عدم صحة بيع الثمار قبل الزهو وقبل بدو صلاحها بل وبعد القطع .

(١) المعلى السابق ج ٧ ص ٣٣٨ مسألة ١٤٥٢ ، والآية من سورة البقرة رقم: ٢٧٥ .

(٢) لاحظ ما ذكرناه عنه في بند « ٤ » .

وأما دليله على حكم الزرع فإنه يقول:

برهان صحة بيع القصيل قبل أن يسنبل قوله تعالى ﴿وأحل الله البيع﴾^(١)، وقوله تعالى ﴿لأ تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾^(٢)، فالبيع كله حلال إلا بيعاً منع منه نص قرآن أو سنة ولم يأتى فى منع بيع الزرع مذ ينبت إلى أن يسنبل: نص أصلاً.

وبرهان تحريم بيعه إذا سنبل إلى أن يشتد. ما روينا من طريق مسلم عن نافع عن ابن عمر قال «أن رسول الله - ﷺ - نهى عن بيع النخل حتى يزهر» ، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة - نهى البائع والمشتري ومن طريق أبى داود عن أنس «أن النبى - ﷺ - نهى عن بيع العنب حتى يسود» ، وعن بيع الحب حتى يشتد» ولا يصح غير هذا أصلاً. وهكذا روينا عن جمهور السلف ... عن عمر بن الخطاب ، وعبد الله بن مسعود قالاً جميعاً: لا يباع النخل حتى يحمر ، ولا السنبل حتى يصفر ... عن ابن سيرين قال: نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، وعن السنبل حتى يبيض ... وعن الحسن أنه كره بيع السنبل حتى يبيض ... وسئل عكرمة عن بيع القصيل؟ فقال: لا بأس ، فقلت: أنه يسنبل؟ فكرهه. وهذا هو نفس قولنا . فلم يستثنى رسول الله - ﷺ - إذ منع من بيع السنبل حتى يشتد أو يبيض: جواز بيعه على الحصاد ﴿وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى﴾^(٣) ، ﴿وما كان ربك نسياً﴾^(٤) ، وكذلك عمر بن الخطاب وابن مسعود لا يخالف لهما نعلمه من الصحابة رضى الله عنهما^(٥).

(١) سبق تخريجها هنا.

(٢) سورة النساء الآية: ٢٩.

(٣) سورة النجم الآية: ٣ ، ٤.

(٤) سورة مريم الآية: ٦٤.

(٥) المحلى ج ٧ ص ٣٠٨ ، ٣٠٩ مسألة ١٤٣٤.

أقول: فمحل الخلاف في الزرع بين ابن حزم ومن وافقه ، وبين المذاهب الأربعة ومن وافقهم: أن ابن حزم يقول بحرمة بيع الزرع إذا سنبل ولم يبد صلاح جبه حتى ولو كان على القطع. والجمهور على جوازه كما سيأتي.

الفرع الثالث

القاتلون بجواز البيع مطلقا قبل بدو الصلاح

يرى يزيد بن أبي حبيب جواز بيع الثمار على رؤوس أشجارها ، والزرع في أرضها مطلقا ولو شرط التبقية فهو لم يفرق بين ما قبل بدو الصلاح وبعده. ذكر هذا الحافظ في الفتح قال «وقد اختلف في ذلك على أقوال: ... وقيل: يجوز مطلقا ولو شرط التبقية وهو قول يزيد بن أبي حبيب، وهم من نقل الاجماع فيه أيضا»^(١). وذكر الشوكاني أنه قد «حكى في البحر أيضا عن زيد بن علي والمؤيد بالله والامام يحيى وأبي حنيفة والشافعي أنه يصح بيع الثمر قبل الصلاح»^(٢). وإلى هذا مال الامام البخاري فقد ترجم للباب بقوله «باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها ثم أصابته عاهة فهو من البائع»^(٣)، قال في الفتح «جنح البخاري في هذه الترجمة إلى صحة البيع وإن لم يبد صلاحه لكنه جعله قبل الصلاح من ضمان البائع ، ومقتضاه أنه إذا لم يفسد فالبيع صحيح وهو في ذلك متابع للزهري كما أورده عنه في آخر الباب»^(٤). وهذا القول أيضا حكاه أطفيش

(١) فتح الباري ج٤ ص ٤٦١.

(٢) نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٠.

(٣) صحيح البخاري بفتح الباري ج٤ ص ٤٦٥.

(٤) فتح الباري ج٤ ص ٤٦٥ ، وأقول: والذي أورده البخاري في آخر الباب «وقال الليث:

حدثني يونس عن ابن شهاب قال: لو أن رجلا ابتاع ثمرا قبل أن يبدو صلاحه ، ثم

أصابته عاهة كان ما أصابه على ربه ... صحيح البخاري بفتح الباري ج٤ ص ٤٦٥ ،

قال الحافظ «قوله: وقال الليث: حدثني يونس ... الخ» هذا التعليق وصله الزهلي في

«الزهريات» والغرض منه هنا ذكر استنباط الزهري للحكم المترجم به من الحديث. فتح

الباري ج٤ ص ٤٦٦.

من الاباضية عن الحافظ في الفتح قال أطفيش «واستدل ابن حجر بالحديث^(١) على جواز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها»^(٢).

الأدلة:

١- أما يزيد بن أبي حبيب والبخارى فيستدل لهما بحديث زيد بن ثابت السابق في النص الحاكم عند البخارى ففيه أنه عندما تنازع الناس وكثرت خصوماتهم عند رسول الله - ﷺ - قال لهم «فأما ، لا ، فلا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر ، كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم»^(٣). قال في الفتح في حكايته للأقوال «وقد اختلف في ذلك على أقوال: ف قيل: يبطل مطلقا وهو قول ... وقيل: يجوز مطلقا ولو شرط التبقية وهو قول يزيد بن أبي حبيب ... وقيل: هو على ظاهره لكن النهي فيه للتنزيه، وحديث زيد بن ثابت المصدر به الباب يدل للأخير ، وقد يحمل على الثاني»^(٤).

أقول: والثاني هو قول يزيد بن أبي حبيب ، والآخر لم ينسبه في الفتح إلى قائله لكنه في نظرنا هو ما جنع إليه البخارى ، وربما هناك غيره قال به.

ووجه الدلالة من الحديث أنه لم يجزم بنهي بدليل ما جاء فيه «كالمشورة يشير بها عليهم» وليس في الحديث تفرقة بين حالة وأخرى فيبقى على أصل الجواز ، وعليه فالنهي في غيره للتنزيه.

المناقشة:

أن هذا الحديث كان في أول الأمر ، ثم جاء النهي بعد ذلك من طرق

(١) وهو حديث «من باع نخلا قد أبرت فتمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع» سبق تخريجه بهامش مذهب ابن حزم الظاهري، ص ٩٧.

(٢) شرح النيل ج ٨ ص ١٠٧.

(٣) راجع حديث رقم (١) بالنص الحاكم، ص ٧١ وما بعدها.

(٤) فتح الباري ج ٤ ص ٤٦١.

متعددة . ورواه أكثر من صحابي وفي بعضها بيان لعلة النهي عن بيعها قبل بدو الصلاح ، فصار نقل تواتر كما يقول ابن حزم الظاهري ^(١) وعلة النهي وهي «أمان العاهة» «أرأيت إن منع الله الثمرة فيما يأخذ أحدكم مال أخيه» ^(٢) تقتضى أن يكون النهي للتحريم كما ذهب إليه الجمهور . بل إن قوله في الحديث «كالمشورة» تأويل من بعض نقلة الحديث كما قال الداودي.

يقول الداودي الشارح فيما نقله الحافظ عنه «قول زيد بن ثابت: كالمشورة يشير بها عليهم. تأويل من بعض نقلة الحديث ، وعلى تقدير أن يكون من قول زيد بن ثابت فلعل ذلك كان في أول الأمر ، ثم ورد الجزم بالنهي كما بينه حديث ابن عمر وغيره» ^(٣).

وقد استشعر البخاري ذلك فرتب أحاديث الباب على النحو التالي في نظر ابن حجر حيث قال «قلت: وكأن البخاري استشعر ذلك فرتب أحاديث الباب بحسب ذلك . فأفاد حديث زيد بن ثابت سبب النهي ، وحديث ابن عمر التصريح بالنهي ، وحديث أنس وجابر بيان الغاية التي ينتهى إليها النهي» ^(٤).

٢- انتزع أبو ستة الاباضى من قوله عليه الصلاة والسلام «من باع ثمرة نخل قبل أن تزهر فأصابها جائحة فهي من ماله ، ولم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق» انتزع من ظاهره جواز بيع الثمرة قبل الزهو إلا أنها تكون

(١) المحلي ج٧ ص ٢٣٨ مسألة ١٤٥٢.

(٢) راجع حديث رقم (٢) عند مسلم وغيره عن ابن عمر . وحديث رقم (٣) عن أنس في الصحيحين وغيرهما . وحديث رقم (٤) عن جابر في مسلم وغيره . وحديث رقم (٦) عن سمرة . وحديث رقم (٧) عن عائشة . ورقم (٨) عن أبي سعيد . ورقم (١١) عن أبي هريرة . ص ٧٧ وما بعدها.

(٣) فتح الباري ج٤ ص ٤٦٤.

(٤) المصدر السابق.

من ضمان البائع ، ثم رده.

يقول: ظاهر هذا الحديث يدل على جواز بيع الثمرة قبل الزهو إلا أنها تكون من ضمان البائع مع أنه تقدم أنه نهى عن بيع الثمرة حتى تزهو . ثم قال: اللهم إلا أن يقال: لما كان هذا البيع يستلزم كون البائع ضامنا فى بعض الأحوال بطل . لأن صحة البيع تنقل الملك وتسقط الضمان فيعلم أنها لا تباع حتى يؤمن فسادها^(١).

٣- أما حكاة فى البحر عن الشافعي، وأبى حنيفة ، وزيد بن علي ، والمزيد بالله ، والامام يحيى . فقد ذكر له الشوكاني قوله تعالى ﴿وأحل الله البيع﴾^(٢) ، وهذا عموم من غير فرق بين حال وأخرى. يقول الشوكاني «وحكى فى البحر أيضا عن زيد بن علي والمزيد بالله والامام يحيى وأبى حنيفة والشافعي أنه يصح بيع الثمر قبل الصلاح تمسكا بعموم قوله تعالى ﴿وأحل الله البيع﴾. قال أبو حنيفة: ويؤمر بالقطع، والمشهور من مذهب الشافعي هو ما قدمنا»^(٣).

المناقشة:

أما أبو حنيفة فسيأتى مذهبه على أنه أجاز البيع قبل بدو الصلاح على القطع دون التبعية ، وكذلك الشافعي بشرط القطع ، فحكاية صاحب البحر عنهما ليست دقيقة بل بعيدة عن المذهبين.

٤- وأما ما حكاة أطفيش عن الحافظ فى الفتح فقد استدلل له بحديث «من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»^(٤).

(١) الإيضاح وعليه حاشية أبى ستة ج ٥ ص ٦٢.

(٢) سورة البقرة جزء من الآية: ٢٧٥.

(٣) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٠.

(٤) سبق تخريجه بهامش مذهب ابن حزم الظاهري، ص ٩٧.

المناقشة :

نوقش بأنه إنما صح هنا تبعا ، وكم من شيء يصح بيعه تبعا ، ولا يصح بيعه منفردا كأس الجدار . قال أطفيش « ويرده أنه إنما صح هنا تبعا »^(١) .

أقول: ولقد رجعت إلى كتاب الفتح للحافظ فلم أر له هذا القول ، وإنما الذي رأيته أنه استدل به الطحاوي لظاهر الرواية في مذهبه على جواز بيع الشجرة مفردة قبل بدو صلاحها على القطع حتى ولو لم يكن منتفعا بها^(٢) . وسيأتى مذهب الحنفية في البيع بشرط القطع ، وبشرط الترك ، ومطلقا عن الشرط .

هذا . ودعوى الاجماع على القول الذي معنا دعوى موهومة . يقول الحافظ « وقد اختلف على ذلك على أقوال ... وقيل: يجوز مطلقا ولو شرط التبعية وهو قول يزيد بن أبي حبيب ، ووهم من نقل الاجماع فيه أيضا »^(٣) .

(١) شرح النيل ج٨ ص ١٠٧ . ويقصد أطفيش أنه إنما صح البيع في صورة اشتراط مشترى الشجرة وعليها ثمرة مؤبرة لأن الشجرة ليست مقصودة بالبيع وإنما دخلت تبعا فلو لم يشترطها لكانت للبائع كما هو متطوق الحديث .

(٢) فتح الباري ج٤ ص ٤٧١ باب من باع نخلا قد أبرت أو أرضا مزروعة أو باجارة .

(٣) المصدر السابق ص ٤٦١ .

المطلب الثاني

الاتجاه المذهب إلى التفصيل

نقهد:

ذهب الجمهور إلى التفصيل . ففرق في الحكم بين ما قبل ظهور
الصلاح وبعده يقول الحافظ « وإلى الفرق بين ما قبل ظهور الصلاح وبعده ذهب
الجمهور »^(١) . وفرق الجمهور في الحكم أيضا بين ثلاث حالات إذا كان البيع
قبل بدو الصلاح حالة البيع بشرط التبقية ، وحالة البيع بشرط القطع ،
وحالة البيع على الإطلاق أي بدون شرط تبقية أو قطع ، وإليك بعض
نصوص المذاهب في هذا التقسيم .

يقول الكاساني « وأما بيع الثمر على الشجر بعد ظهوره ، وبيع الزرع
في الأرض بشرط الترك فجملة الكلام فيه أنه لا يخلو إما إن كان لم يبد
صلاحه بعد أن صار منتفعا به بوجه من الوجوه ، وإما إن كان قد بدا صلاحه
بأن صار منتفعا به ، وكل ذلك لا يخلو من أن يكون بشرط القطع أو مطلقا
أو بشرط الترك حتى يبلغ »^(٢) .

ويقول ابن رشد « ... وأما بيعها بعد أن خلقت فأكثر العلماء على
جواز ذلك على التفصيل الذي سنذكره ... فإذا قلنا بقول الجمهور أنه يجوز
قبل الصرام فلا يخلو أن تكون بعد أن تزهي ، أو قبل أن تزهي .

وقد قلنا : أن ذلك لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا ، أو بيعا بشرط
القطع ، أو بشرط التبقية »^(٣) ، وهذا التقسيم بعينه نقله فقهاء الإباضية

(١) فتح الباري، ج٤ ص ٤٦٣ .

(٢) بدائع الصنائع ج٥ ص ١٧٣ ، وانظر شرح العناية ج٥ ص ٤٨٨ ، مجمع الأنهر ج٢ ص

١٧ ، ١٩ ، حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤٠ .

(٣) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٦ .

فى كتبهم^(١).

ويقول الماوردي «ولا يخلو حال الثمرة المباعة من أحد أمرين: إما أن تكون بادية الصلاح ، أو غير بادية الصلاح. فان كانت غير بادية الصلاح فلا يخلو حال بيعها من ثلاثة أقسام. أحدهما: أن تباع بشرط التبقية ، والثانى: أن تباع بشرط القطع ، والثالث: أن تباع مطلقا»^(٢).

ويقول ابن قدامة «لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام. أحدها: أن يشتريها بشرط التبقية ... القسم الثانى: أن يبيعها بشرط القطع فى الحال ... القسم الثالث: أن يبيعها مطلقا ولم يشترط قطعاً ولا تبقية. وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع على ثلاثة أضرب. أحدها: أن يبيعها مفردة لغير مالك الأصل. الثانى: أن يبيعها مع الأصل. الثالث: أن يبيعها مفردة لمالك الأصل ...»^(٣).

ونبادر إلى القول هنا بأن الحنفية يعنون ببداية الصلاح: ظهور الثمرة وبروزها ، وظهور الزرع بأن يكون بقلا ، بخلاف الجمهور ، فبدو الصلاح عنده فى الثمر أول النضج بظهور اللون فيما يتلون ، والحلاوة. فيما لا يتلون، وفى الحب الاشتداد.

وعليه فالحنفية لا يرتبون على اللون والحلاوة فى الثمر حكما لأن هذا يحصل بالشمس والقمر ، وسائر الكواكب بقدرة الله كما سيأتى ، وأيضا لا يعملون على الاشتداد فى الحب ، وإنما الحكم فى كل حالات الثمر والزرع متعلق بالظهور وسنسير إن شاء الله فى العنونة للمسائل على عبارة «قبل

(١) النيل للثميني وشرحه لأطفيش ج٨ ص ١٠٧ ، ١٠٨ . الايضاح للشاخي وحاشية أبى ستة ج٥ ص ٥٨ ، ٥٩ ، ٦٠ .

(٢) الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٢٧ .

(٣) المغنى ج٤ ص ٢١٨ ، ٢١٩ . والشرح الكبير ج٤ ص ٢١٤ : ٢١٦ ، ص ٢٣١ . ص ٢٣٤ : ٢٣٨ ، شرح الزركشى ج٢ ص ٤٩٣ ، ٤٩٤ .

بدو الصلاح» «بعد بدو الصلاح» على المعنى الذي قصده الجمهور حيث أن الحنفية يتفقون مع الجمهور في تقسيم حالات البيع. أعنى حال التبقية ، وحال الاطلاق ، وحال اشتراط القطع ، وإن اختلف الحكم بينهم فى بعض الأحوال.

وإذا كان الأمر على هذا النحو عند الجمهور فائنا سنتناول حكم بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح فى الفروع الآتية^(١).

الفرع الأول: حكم بيع الثمار والزروع مفردة قبل بدو الصلاح بشرط التبقية.

الفرع الثانى: حكم بيع الثمار والزروع مفردة قبل بدو الصلاح مع الاطلاق فى البيع.

الفرع الثالث: حكم بيع الثمار والزروع مفردة قبل بدو الصلاح بشرط القطع.

الفرع الرابع: حكم بيع الثمار والزروع مع أصولها أو لمالك الأصل.

(١) أما بعد بدو الصلاح فسنفرد له بالدراسة إن شاء الله الفصل الثالث.

الفرع الأول

حكم بيع الثمار والزروع مفردة قبل بدو الصلاح بشرط التبقية

إذا أفردت الثمار بالبيع قبل بدو صلاحها ، والزروع قبل اشتداد حبها
بشرط التبقية فلفقها المذاهب الأربعة ومن تبعهم قولان.

القول الأول: أن هذا البيع لا يجوز ولا يصح ويحرم ^(١) وبه
قال عامة فقهاء هذه المذاهب ^(٢) الحنفية ويفسد باجماع ^(٣)

(١) وقد صرح الفقهاء بالحرمة والأثم والعصيان.

يقول في التحفة «ويحرم ولا يصح بيع الزرع الأخضر ولو بقلا لم يبد صلاحه في الأرض
إلا بشرط قطعه أو قلعه جميعه للنهي في خبر مسلم عن ذلك فإن باعه وحده من غير
شرط قطع أو قلع أو بشرط ابقائه ... لم يصح البيع وبأثم لتعاطيه عقدا فاسدا» تحفة
المحتاج وحواشيه ج٢ ص ٤٦٣ ، ٤٦٤ ، وتعاطى العقود الفاسدة حرام» الأشباه
والنظائر للسيوطي ص ٢٨٧.

ويقول ابن بركة الاباضى «ومن باع ثمرة غير مدركة على أن يتركها المشتري على النخلة
إلى أن يبدو صلاحها فبيعه باطل وهو عاص لربه ، نهى النبي - ﷺ - عن ذلك» الجامع
لابن بركة ج٢ ص ٣٢٧.

(٢) حكى صاحب البحر الاتفاق على هذا «وقد حكى صاحب البحر أيضا الاتفاق على عدم
جواز بيعه قبل صلاحه بشرط البقاء» نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٠ ، ويقول الصنعاني
«وأما إذا شرط البقاء فلا يصح اتفاقا» سبل السلام ج٣ ص ٢٠ ، وذكر ابن رشد عدم
الخلاص إلا ما ذكره اللخمي. يقول ابن رشد «بيع الثمار قبل الزهو بشرط التبقية: وأما
بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف في أنه لا يجوز إلا ما ذكره اللخمي من جوازه
تخريجا على المذهب» بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٦.

(٣) في تبين الحقائق ج٤ ص ١٢ «وإن شرط تركها على النخل فسد البيع وكذا بيع الزرع
بشرط الترك» وفي مجمع الأنهر ج٢ ص ١٧ ، ١٨ «وإن شرط تركها أي الثمرة على
الشجر حتى تدرك فسد البيع ... وكذا يفسد شراء الزرع بشرط الترك لما قررنا» وفي
الدر «لا يصح بيع الزرع قبل صيرورته بقلا ... وإن باع على أن يتركه حتى يدرك لم
يجز ، وكذلك الرطبة والبقول» الدر المختار وحاشية ابن عايد ج٤ ص ٣٩ ، وفي
البدائع في الحالة الثالثة قبل بدو الصلاح «وإن اشترى بشرط الترك فالعقد فاسد
بالاجماع» بدائع الصنائع ج٥ ص ١٧٣ . وانظره أيضا في ص ١٣٨ وانظره . الاختيار
ج٢ ص ٦ . وفي الهداية ج٥ ص ٤٨٩ «وإن شرط تركها على النخل فسد البيع» (=)

وكذلك أيضا الشافعية^(١) والحنابلة^(٢)

(=) وكذا بيع الزرع بشرط الترك» وفي شرح العناية على الهداية السابق «أما إذا قال: اشتريته على أنى أتركه على النخل فقد فسد البيع» ويلخص ابن الهمام مذهبه فيقول «والحاصل أن بيع مال مبدد صلاحه إما بشرط القطع وهو جائز اتفاقا لأنه غير متناول للنهي كما ذكرنا ، وإما مطلقا فإذا كان حكمه لزوم القطع كان بمثله بشرط القطع . فلم يبق محل للنهي إلا بيعا بشرط الترك ونحن قائلون بأنه فاسد» شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٢ ، وانظر حاشية ابن عابدين والدر المختار ج ٤ ص ٣٩ ، ٤٠ ، ٤١ ، ونقله الصنعاني في سبل السلام ج ٣ ص ٢٠ ، والشوكاني في نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٠ ، والحافظ في فتح الباري ج ٤ ص ٢٦١ .

(١) قال الشافعي في الأم «ولا يحل بيعه قبل أن يبدو صلاحه ليترك حتى يبلغ إبانته لأنه داخل في المعنى الذي أمر به رسول الله - ﷺ - أن لا يباع حتى يبلغه» الأم ج ٣ ص ٤٨ مجلد ٢ باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار ، وفي باب بيع الأجال ص ٨٤ «فإن اشتراها على أن يتركه إلى أن يبلغ فلا خير في الشراء» ، وفي الزرع يقول «وإذا ظهر القرط أو الحب فاشتره على أن يقطعه مكانه فلا بأس ، وإذا اشترط أن يتركه فلا خير فيه» وانظر مختصر المزني ج ٨ ص ١١٧ ، وفي البيان للعمراني ج ١ ص ١٤٣ تحقيق أحمد محمد محمد أبي سعدة . المعيد بقسم الفقه المقارن - كلية الشريعة والقانون بالقاهرة رسالة ماجستير «إذا باع الثمرة على رؤوس الشجر مفردا قبل بدو الصلاح ، أو باع زرعاً في أرض قبل بدو الصلاح فإن شرط في البيع قطع ذلك ... وإن شرط تبقيته ذلك لم يصح بلا خلاف» وفي الحاوي الكبير ج ٦ ص ٢٢٨ «وأما القسم الأول: وهو أن تباع بشرط التبقيته والترك فبيعهها باطل» وفي ص ٢٣٨ «وأما بيع الزرع بقلا أو قصيلا قبل اشتداده وبسه فلا يجوز مطلقا ولا بشرط التبقيته» وفي تنمية الإبانة ج ٤ ورقة ١٦٣ «بيع الثمار قبل بدو الصلاح بشرط التبقيته إلى أن الجذاذ غير جائز» وفي ورقة ١٦٧ «إذا باع الزرع قبل أن يسنبل من غير مالك الأرض فالبيع جائز بشرط القطع ولا يجوز بشرط التبقيته ولا مطلقا اعتبارا بالثمار قبل بدو صلاحها» وانظر الشامل لابن الصباغ ص ٢٧٥ ، ٢٨٥ تحقيق الباحث إبراهيم رفعت الجمال . رسالة ماجستير ، بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ، أسنى المطالب ج ٢ ص ١٠٣ ، ١٠٤ ، المهذب ج ١ ص ٢٨١ ، حلية العلماء ج ٢ ص ٥٥٠ ، روضة الطالبين ج ٣ ص ٢١٠ ، شرح جلال المعلى وحاشيتي قليوبي وعميرة ج ٢ ص ٢٣٣ ، تحفة المحتاج وحاشيتي الشرواني والعبادي ج ٤ ص ٤٦١ ، ٤٦٣ ، ٤٦٤ ، ويلاحظ أن معظم المصنفين من الشافعية يعبرون بلفظ «ولا يجوز بيع الثمرة المنفردة عن الشجرة مطلقا عن شرط القطع إلا بعد بدو الصلاح» فليس فيه حالة التبقيته لكن هذا لا يعني الجواز فيها بل البيع فيها باطل كما نبه على ذلك الشيخ الباجوري في حاشيته ج ١ ص ٣٥٠ ، ونقل مذهب الشافعية الحافظ في فتح الباري ج ٤ ص ٤٦١ ، والشوكاني في نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٠ .

(٢) قال الحرقى «مسألة: وإذا اشترى الثمرة دون الأصل ولم يبد صلاحها على الترك إلى (=)

والإباضية^(١) والمالكية في المشهور كما عند ابن رشد . وبإجماع كما عند غيره^(٢) ، فإن وقع البيع بشرط التبقية ففسخ^(٣) فإن جذها المشتري

(١) الجنائز لم يجزء قال ابن قدامة « لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام: أحدها أن يشتريها بشرط التبقية فلا يصح البيع إجماعاً » المغنى ج٤ ص ٢١٨ وانظر الشرح الكبير ج٤ ص ٢١٤ ، وفي شرح الزركشي ج٣ ص ٤٩٣ شارحاً قول الحرقى السابق « بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بدون أصلها له ثلاثة أحوال . أحدها: أن تباع بشرط التبقية فلا يصح إجماعاً » ، وفي ص ٤٩٦ « الزرع قبل اشتداده كالثمرة قبل بدو صلاحها يجرى فيها ما تقدم » ، وفي كشف القناع ج٢ ص ٢٨٣ « وإن باعه أي ماذكر من الثمرة قبل بدو صلاحها والزرع الأخضر والقشأ ونحوها دون أصوله مطلقاً فلم يذكر قطعاً ولا تبقية ، أو باعه بشرط التبقية لم يصح البيع لما سبق من الأدلة على اشتراط بدو الصلاح في الثمرة واشتداد الحب في الزرع » ، وانظر. الروض المربع ج٢ ص ١٣١ ، ١٣٢ ، الانصاف ج٥ ص ٦٧ ، ونقله الحافظ في فتح الباري ج٤ ص ٤٦١ ، والشوكاني في نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٠ .

(١١) جاء في النبل « ... وإن كان بعد خلقها فبيعه قبل الزهو بشرط الإبقاء منع إجماعاً » قال أطفيش شارحه « منع إجماعاً من أصعابنا » ، شرح النبل ج٨ ص ١٠٩ ، ١١٠ ، وفي ص ١١٢ « وقال الربيع لاخير في بيع شئ من ذلك حتى يبلغ معنى: لا يجوز البيع على شرط الإبقاء ، ولا البيع المطلق بلا ذكر قطع ولا إبقاء ، وذلك لأنه مصادم للنتهى ... » ، وانظر الإيضاح وحاشيته ج٥ ص ٥٩ ، ٦١ ، وفي الجامع لابن بركة ج٢ ص ٣٢٧ « ومن باع ثمرة غير مدركة على أن يتركها المشتري على النخلة إلى أن يبدو صلاحها فبيعه باطل وهو عاص لربه ، نهى النبي - ﷺ - عن ذلك » .

(٢) يقول ابن رشد « ... وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف في أنه لا يجوز إلا ما ذكره اللخمي من جوازه تخريجاً على المذهب » ، بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٦ ، وفي القوانين ص ٢٢٥ « وإنما يجوز بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها على شرط القطع ... فإن شرط فيها التبقية لم يجز البيع » ، وفي كفاية الطالب على الرسالة ج٢ ص ١٤٨ « فإن وقع البيع على التبقية أو على الإطلاق ففسخ » ، وفي الجواهر ج٢ ص ٦٠ « لا يجوز بيع الثمر والزرع قبل بدو صلاحه وحده غير ملحق بأصله على شرط التبقية له على أصله حتى يتم طيبه » ، وفي حاشية الدسوقي ج٢ ص ١٧٧ « وذلك لأن ما لم يبد صلاحه يبيعه منفرداً على التبقية إلى أن يطيب فاسد إجماعاً » ، فالدسوقي ذكر الإجماع على البطان في مذهبه عند شرط التبقية ، وانظر . شرح الحرشي وحاشية العدوي ج٥ ص ١٨٥ مجلد ٣ ، والشرح الصغير وحاشية الصاوي ج٤ ص ٣١٠ ، والشرح الكبير للدردير ج٢ ص ١٧٧ .

(٣) لاحظ نص كفاية الطالب السابق والفسخ هو « قال ابن السبكي: الفسخ: حل ارتباط العقد » الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٧ .

رطباً رد قيمتها وقمراً رده بعينه إن كان باقياً ، وإلا رد مثله إن علم وإلا رد قيمته . هذه عبارة بعض المالكية فى الرطب وظاهرها أنه يرد القيمة كان الرطب قائماً أو فائتاً علم وزنه أم لا ، لكن فى المجموع قال: الجارى على القواعد أن يقال فى الرطب ما قبل فى التمر إلا أن يكون فى محل لا يوزن فيرد عينه إن كان قائماً ، وإلا فقيمه ، واستظهر العدوى كلام المجموع وأشار إلى التعويل عليه^(١).

القول الثانى: أن هذا البيع أعنى البيع بشرط التبقية جائز. وبه قال اللخمي من المالكية تخريجاً على المذهب كما ذكره ابن رشد^(٢) وقد رأيت عند غيره أن اللخمي والسيوري والمازري يرون الجواز بشرط التبقية فيما إذا كان الضمان من البائع والحال أن البيع بالنسيئة واختاره البناني ووافقته فى المجموع^(٣). ثم رأيت الاجماع على البطلان عند

(١) قال فى الشرح الكبير « وضمان الثمرة من البائع ما دامت فى رؤوس الشجر » قال الدسوقي معلقاً « أي فان جذها المشتري رطباً والموضوع أنه اشتراها على التبقية رد قيمتها ، وقمراً رده بعينه إن كان باقياً ، وإلا رد مثله إن علم وإلا رد قيمته » الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج ٢ ص ١٧٧ ، وفى الحرشي « وضمان الثمرة من البائع ما دامت فى رؤوس الشجر ، فإذا جذها رطباً رد قيمتها ، وقمراً رده بعينه إن كان قائماً وإلا رد مثله إن علم ، وإلا رد قيمته » . قال العدوي معلقاً « قوله: فإذا جذها رطباً إلخ » هذه عبارة الشيخ عبد الرحمن. قال فى المجموع: وظاهرها أنه يرد القيمة كان الرطب قائماً أو فائتاً علم وزنه أم لا ، والجارى على القواعد أن يقال فيه ما قبل فى التمر إلا أن يكون فى محل لا يوزن فيرد عينه إن كان قائماً وإلا فقيمه أ. هـ ، قال العدوى: أقول: وهو كلام ظاهر فيعمل عليه ، شرح الحرشي وعليه حاشية العدوي ج ٥ ص ١٨٥ مجلد ٣ ، ونفس النص فى حاشية الصعدي على كفاية الطالب ج ٢ ص ١٤٨ ، « فان وقع البيع على التبقية فسخ. وحيث فسخ فضمن الثمرة من البائع ما دامت فى رؤوس الشجر ، فإذا جذها رطباً رد قيمتها وقمراً رده بعينه ان كان قائماً وإلا رد مثله إن علم وإلا رد قيمته هكذا قال الشيخ عبد الرحمن الاجهوري . قال فى المجموع: وما ذكره فى الرطب من رد قيمته فظاهر ولو كان قائماً أو فائتاً وعلم وزنه . والجارى على القواعد أن يقال فيه ما يقال فى التمر إلا أن يكون فى محل لا يوزن فيرد عينه إن كان قائماً وإلا فقيمه ».

(٢) لاحظ نص ابن رشد السابق بهامش القول الأول.

(٣) جاء فى الشرح الصغير ج ٤ ص ٣١١ « لا يصح بيع ما ذكر قبل بدو صلاحه على (=) »

البعض^(١). وجدير بهذا القول أعنى القول بالجواز ، يزيد بن أبي حبيب إذ هو يجيز بيع الثمار والزروع ولو بشرط التبقية^(٢).

الأدلة:

دليل القول الأول: استدل الجمهور على عدم صحة أفراد الثمار والزروع بالبيع قبل بدو الصلاح بشرط التبقية بالآتي من السنة والاجماع والمعنى.

(أولاً: السنة:

استدل غير الحنفية^(٣) بأحاديث النهى عن بيع الثمار والزروع قبل بدو صلاحها . منها ما فى الصحيحين عن عبد الله بن عمر ، وأنس وجابر رضى الله عنهم.

(=) التبقية أو على الإطلاق من غير بيان قطع ولاتبقية» قال الصاوى معلقاً «أى فلا يصح مطلقاً كان الضمان من البائع أو المشتري ، اشتراه بالنقد أو النسيئة . هذا ظاهره وهو المعتمد كما فى الحاشية نقلاً عن الخطاب ، وقيد اللخمي والسيوري والمازري النع يكون الضمان من المشتري أو من البائع والحال أنه بالنقد للتردد بين السلفية والشمية فإن كان الضمان من البائع والبيع بالنسيئة جاز ، واختار البناني هذا التقيد ، ووافقه فى المجمع» ، وانظر نفس النص فى حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ١٧٧ ، وفيه أن الحاشية هى حاشية الشيخ العدوي ، وانظر شرح الحرشي وحاشية العدوي ج ٥ ص ١٨٥ مجلد / ٣.

(١) وعن ذكر إجماع المذهب على البطلان بشرط التبقية الدسوقي فى حاشيته ج ٣ ص ١٧٧ ، قال «... وذلك لأن مالم يبد صلاحه بيعه منفرداً على التبقية إلى أن يطيب فاسد إجماعاً».

(٢) راجع ما سبق عنه فى القائلين بجواز البيع مطلقاً قبل بدو الصلاح ، ص ١٠٢.

(٣) أنظر. الحاوى الكبير ج ٦ ص ٢٢٨ ، تنمية الإبانة ج ٤ ورقة ١٦٣ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٧ ، المغنى ج ٥ ص ٢١٨ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٢١٤ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٢٨٣ ، الروض المربع ج ٢ ص ١٣١ ، ١٣٢ شرح الزركشي ج ٣ ص ٤٩٣ ، ٤٩٦ ، مختصر المزنى ج ٨ ص ١١٧ ، الأم ج ٣ ص ٨٤ مجلد ٢/ ، شرح النيل ج ٨ ص ١٠٩ ، ١١٠ ، الإيضاح وحاشيته ج ٥ ص ٦٠ ، ٦١ ، الجامع لابن بركة ج ٢ ص ٣٢٦ ، ٣٢٧ ، نتائج الأقوال ج ٢ ص ٥٢.

فعن عبد الله بن عمر أن رسول الله - ﷺ - «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمشتري» ، وفى لفظ لمسلم «وتذهب عنه الآفة» وفى لفظ «تذهب عاهته» وفى الزروع عند مسلم «وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة»^(١).

وعن أنس عند البخاري ومسلم «نهى عن بيع ثمر التمر حتى يزهر . فقلنا لأنس: ما زهوها؟ قال: تحمر وتصفّر. أرأيت إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك؟» واللفظ للبخاري. وفى الزروع والثمار عن أنس عند الترمذي وابن ماجه وأبى داود وغيرهم «نهى عن بيع الثمرة حتى تزهر ، وعن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد»^(٢).

وعن جابر عند البخاري «نهى النبي - ﷺ - أن تباع الثمرة حتى تشقق ...».

وعند مسلم أن النبي - ﷺ - قال «لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق»^(٣).

ووجه الدلالة من هذه الأحاديث أن رسول الله - ﷺ - جعل غاية النهى بدو الصلاح فى الثمار ، واشتداد الحب فى الزرع ، وكذلك ذهاب الآفة والعاهة والأمان منها . قال ابن رشد: فعلم أن ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغاية وأن هذا النهى يتناول البيع المطلق وبشرط التبعية . ولما ظهر للجمهور أن المعنى فى هذا خوف ما يصيب الثمار من الجائحة غالبا قبل أن تزهى لقوله - ﷺ - فى حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو «أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه؟» لم يحمل

(١) أنظر أحاديث ابن عمر فى النص الحاكم رقم (٢) ص ٧٤ وما بعدها.

(٢) أنظر أحاديث أنس فى النص الحاكم رقم (٣) ص ٧٧ وما بعدها.

(٣) أنظر أحاديث جابر فى النص الحاكم (٤) ص ٨١ وما بعدها.

العلماء النهي في هذا على الإطلاق عن النهي عن البيع قبل الإزهاء ، بل رأوا أن معنى النهي هو بيعه بشرط التبقية إلى الإزهاء ، فأجازوا بيعها قبل الإزهاء بشرط القطع^(١).

ويقول المتولى في التتمة بعد ذكره لحديث أنس السابق: والعلة فيه أن الزمان قبل بدو الصلاح زمان العاهة والآفة فيكون العقد واقعاً على نوع غرر فحرم ذلك وهذا المعنى دلت عليه السنة وهو ما روينا في قصة أنس . وروى ابن عمر أن النبي - ﷺ - « نهى عن بيع الثمار حتى تذهب العاهة » ف قيل لعبد الله بن عمر: « متى ذلك؟ » فقال: حتى يطلع الثريا^(٢). وهذا إنما قاله على عادة الحجاز لأن بدو الصلاح في الحجاز يكون في هذا الوقت فأما في البلاد الباردة يتأخر^(٣).

وفي مختصر المزني: وفي قوله - ﷺ - « إذا منع الله جل وعز الثمرة فيم يأخذ أحدكم مال أخيه؟ »: دلالة على أنه إنما نهى - ﷺ - عن بيع الثمرة التي تترك حتى تبلغ غاية إبانها^(٤). وعليه فإنه لا يجوز البيع على شرط الإبقاء وذلك لأنه مصادم للنهي^(٥).

ثانياً: الإجماع:

نقل بعض الفقهاء الإجماع على عدم صحة بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح بشرط التبقية. يقول ابن قدامة « أن يشتريها بشرط التبقية فلا يصح البيع إجماعاً لأن النبي - ﷺ - نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها

-
- (١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٧ ، والإيضاح ج ٥ ص ٦٠ .
 - (٢) حديث طلوع الثريا عن ابن عمر أخرجه أحمد ، نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٠ ، فتح الباري ج ٤ ص ٤٦٢ وسيأتي في وقت رفع العاهة عند الكلام عن المقصود ببدا الصلاح .
 - (٣) تنمة الإبانة ج ٥ ورقة ١٦٣ .
 - (٤) مختصر المزني ج ٨ ص ١١٧ ، وانظر الأم ج ٣ ص ٨٤ مجلد ٢ .
 - (٥) شرح النيل ج ١٠ ص ١١٢ ، الإيضاح ج ٥ ص ٦٠ ، ٦١ .

نهى البائع والمبتاع ، متفق عليه . والنهى يقتضى فساد المنهى عنه. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث «(١)».

ويقول الزركشي « أن تباع بشرط التبقية فلا يصح إجماعا » (٢).

وأطلق الثمينى من الاباضية الاجماع لكن أطفيش قيده باجماع أهل مذهبه.

« وإن كان بيعها بعد خلقها فبيعها قبل الزهو بشرط الابقاء منع إجماعا » قال أطفيش « أي من أصحابنا للنهى الوارد عن بيع الثمار قبل الزهو ، وهو مقيد بعدم ذكر القطع » (٣).

المناقشة:

ودعوى الاجماع التى ذكرها ابن قدامة وأردفها بقول ابن المنذر، وقال بها الزركشي منقوضة بما فى القول الثانى من صحة البيع قبل بدو الصلاح مع شرط التبقية والذى قال به اللخمي من المالكية ، ويزيد بن أبى حبيب . وقد تقدم فى مقدمة البحث تنبيه الحافظ والشوكانى على الحذر من دعاوى الاجماع فى هذه المسألة.

ثالثا: المعنى:

أ- قال فى البيان « وإن شرط تبقية ذلك لم يصح بلا خلاف لأن ذلك يؤدى إلى الغرر ، لأنه لا يدرى هل يسلم ذلك أم لا » (٤).

(١) المغنى ج٤ ص ٢١٨ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢١٤ ، وانظر كشف القناع ج٣ ص ٢٨٣ ، الروض المربع ج٢ ص ٢٣١ ، ٢٣٢ .

(٢) شرح الزركشي ج٣ ص ٤٩٣ ، ٤٩٦ .

(٣) شرح النيل ج٨ ص ١٠٩ ، ١١٠ ، الايضاح وحاشيته ج٥ ص ٦٠ ، ٦١ ، الجامع لابن بركة ج٢ ص ٣٢٧ .

(٤) البيان للعمرائى ص ١٤٣ ، ولاحظ تنمة الابانة ج٤ ورقة ١٦٣ ، والجامع لابن بركة ج٢ ص ٣٢٨ ، والايضاح ج٥ ص ٥٩ .

ويقول الماوردي «أما بيع الزرع بقلا أو قصيلا قبل اشتداده وببسه فلا يجوز مطلقا ولا بشرط التبقية لما يخاف عليه من الجائح» (١).

ب- وهذا التعليل للحنفية بل هو دليلهم . قالوا:

١- انه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولا يلائم العقد ، ولا جرى به التعامل بين الناس ، ومثل هذا الشرط مفسد للبيع.

٢- انه لا يتمكن من الترك إلا باعارة الشجر والأرض وهما ملك البائع فصار بشرط الترك شارطا الاعارة فكان شرطه صفقة في صفقة وأنه منهي عنه (٢).

وبيان أنه صفتين في صفقة: أنه إجارة في البيع إن كان للمنفعة حصة من الثمن، أو إجارة في بيع إن لم يكن لها حصة من الثمن.

يقول الكاساني «وان اشترى بشرط الترك فالعقد فاسد بالاجماع لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا يلائم العقد ، ولا جرى به التعامل بين الناس ، ومثل هذا الشرط مفسد للبيع لما ذكرنا ، ولأنه لا يتمكن من الترك إلا باعارة الشجر والأرض وهما ملك البائع فصار بشرط الترك شارطا الاعارة فكان شرطه صفقة في صفقة وأنه منهي عنه» (٣).

(١) الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٣٨.

(٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه «نهى النبي - ﷺ - عن بيعتين في بيعة» رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه . وعن عبد الله بن مسعود «نهى النبي - ﷺ - عن صفتين في صفقة» رواه أحمد ، منتقى الأخبار بشرحه نيل الأوطار ج٦ ص ٢٣٥ باب بيعتين في بيعة ، بلوغ المرام بشرحه سهل السلام ج٢ ص ١٦ حديث رقم (١٩) ، سنن الترمذي ج٢ ص ١٥ باب (١٨) ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة . قال أبو عيسى: حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح ، والعمل على هذا عند أهل العلم ، المصدر السابق.

(٣) بدائع الصنائع ج٥ ص ١٧٣ ، وفي تبين الحقائق ج٤ ص ١٢ «وان شرط تركها على (=)

المناقشة:

نوقش بما فى البحر «وتعقبهم فى الغاية بأنكم قلتم: أن كلا من الاجارة والاعارة غير صحيح فكيف يقال: أنه صفقة فى صفقة؟» قال: «وجوابه: أنه صفقة فاسدة فى صفقة صحيحة ففسدتا جميعا»^(١).

ورد هذا الجواب: بأن هذا مسلم إن كانت الاجارة فاسدة ، أما إن كانت

(=) النخل فسد البيع لأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير ، أو نقول: أنه صفقة فى صفقة لأنه إجارة فى بيع إن كان للمنفعة حصّة من الثمن أو إجارة فى بيع إن لم يكن لها حصّة من الثمن . وقد نهى رسول الله - ﷺ - عن صفقة فى صفقة ، وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما بينا ، وفى مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٧ ، ١٨ «وإن شرط تركها أي الثمرة على الشجرة حتى تدرك فسد البيع لأنه شرط لا يقتضيه العقد ، وهو شغل ملك الغير ، أو لأنه صفقة فى صفقة لأنه إجارة فى البيع إن كان للمنفعة حصّة من الثمن ، أو إجارة فى بيع إن لم يكن لها حصّة من الثمن كما فى أكثر المعترات» ، وعبارة الدر المتقى مع المجمع السابق «وإن شرط المشتري القطع على البائع أو تركها على الشجر ورضى به فسد البيع ولو بعد تناهى عظمها لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمشتري ... وكذا يفسد شراء الزرع بشرط الترك لما قلنا ولتضمنها اعارة أو إجارة وإن كانت غير صحيحة فى المسألتين وقد نهى عن صفقة فى صفقة» ، وفى الهداية «وإن شرط تركها على النخيل فسد البيع لأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير ، أو هو صفقة فى صفقة وهو إجارة أو إجارة فى بيع ، وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا» قال الباهرتى «لأنه شرط لا يقتضيه العقد: لأن مطلق البيع يقتضى تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء فكان تركها على النخيل شغل ملك الغير . أو أن فى هذا البيع صفقة فى صفقة لأنه إجارة فى بيع أو إجارة فى بيع لأن تركها على النخل إما أن يكون بأجرة أو غيره ، والثانى: إجارة. والأول: إجارة، وذلك منهى عنه» ومثل الباهرتى ذكر صاحب شرح الكفاية ، وصاحب شرح فتح القدير . أنظر الهداية وشروحها ج ٥ ص ٤٨٩ ، ٤٩٠ ، وانظر الاختيار ج ٢ ص ٦ ، وانظر سبل السلام ج ٣ ص ٢٠ ، هذا ، وعبارة الباهرتى فى العناية «لأن مطلق البيع يقتضى تسليم المعقود عليه» هذه العبارة اعترض عليها سعد جلبي وفضل عليها عبارة صاحب الهداية. يقول جلبي «وقولها: يقتضى تسليم المعقود عليه - أقول: أنت خبير بأن شرط الترك على النخيل لا ينافى تسليم المعقود عليه على ماسيحين فى مسألة حدوث ثمرة أخرى من أن تسليمه يتحقق بالتخلية ففى تقريره ركاكة لا تخفى وصحة كلام المصنف غنية عن أمثاله» حاشية سعد جلبي على العناية ج ٥ ص ٤٨٩.

(١) مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٧ ، ١٨.

باطلة فلا لما سيأتى أن إجارة النخيل باطلة ، والباطل عبارة عن المعدوم المضمحل ، والمعدوم لا يصلح متضمنا فيلزم في هذه الصورة أن لا توجد صفقة في صفقة فلا يندفع الاشكال^(١).

هذا وقد اعترض الباهرتى على الدليل بطريقة أخرى ففصل بين الثمر والزرع فاجارة الشجر واعارته لاتصح بخلاف الأرض ، قال « ... وفيه تأمل لأن ذلك إنما يكون صفقة أن لو جازت إعارة الأشجار أو إيجارتها وليس كذلك . نعم هو إنما يستقيم^(٢) فيما إذا باع الزرع بشرط الترك فان إيجارتها أو إيجارتها جائزة فيلزم صفقة في صفقة^(٣).

وقد ذكر العلامة الكاكي مايدل على أن أعارة الأشجار جائزة . وهذا يعنى صحة الدليل فى الاعارة ووافقه سعد جلبي.

يقول سعد جلبي « أقول: إعارة الأشجار ينبغى أن تجوز ، ويدل عليه مانقله العلامة الكاكي عن الجامع الأصغر^(٤).

دليل القول الثانى: أقول: لم يذكر ابن رشد لقول اللخمي دليلا وإنما قال فى سنده: تخريجا على المذهب ، ولم يذكر جهة التخريج ولقد رأيت فى حاشية الدسوقي وحاشية الصاوي أن اللخمي يرى الجواز فى حالة ما إذا كان الضمان من البائع والحال أن البيع بالنسيئة . أما إذا كان الضمان من المشتري أو من البائع والحال أنه بالنقد فانه يرى المنع للتردد بين السلفية والشمية ، وبهذا قال اللخمي والسيوري والمازري ، واختاره البناني ووافقه فى المجموع^(٥). وأما يزيد بن أبى حبيب فدليله على صحة البيع مع شرط

(١) مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٧ ، ١٨ .

(٢) أي الاستدلال بصفقتين فى صفقة.

(٣) شرح العناية ج ٥ ص ٤٨٩ .

(٤) حاشية سعد جلبي على العناية السابق.

(٥) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ج ٤ ص ٣١١ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير

ج ٢ ص ١٧٧ ، وانظر النص بهامش القول الثانى.

التبقية هو حديث زيد بن ثابت والذي فيه أنه عندما كثرت خصومات الناس عند رسول الله - ﷺ - بسبب هذه البيوعات قال لهم «فأما لا ، فلا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر ، كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم» (١) فليس في الحديث جزم بالنهي ، والنهي فيما عداه محمول على التنزيه .
وقد سبقت مناقشة هذا الاستدلال وبيان ضعفه (٢) .

الفرع الثاني

حكم بيع الثمار والزروع مفردة قبل بدو الصلاح مع الاطلاق في البيع

المقصود بالاطلاق في البيع هنا: عدم اشتراط القطع أو التبقية. فإذا بيعت الثمار على رؤوس أشجارها قبل بدو صلاحها ، والزروع في أرضها قبل اشتداداد حبها ، وكان البيع مع الاطلاق فما هو حكم هذا البيع؟

أقول: حدث خلاف بين الفقهاء المجوزين للبيع قبل بدو الصلاح ، وأستطيع أن أقول أن هذا هو موطن الخلاف الحقيقي بين الأئمة الأربعة ومن تبعهم.

وسبب هذا الخلاف أمران:

الأول: هل يحمل الاطلاق على القطع أم على التبقية؟ فمن رأى أنه محمول على القطع أجاز البيع ، ومن رأى أنه محمول على الابقاء منعه وحرمه (٣) .

(١) سبق في النص الحاكم الحديث رقم (١) ص ٧١ .

(٢) راجع قول القائلين بجواز البيع مطلقا قبل بدو الصلاح وقد تقدم ص ١٠٢ .

(٣) يقول ابن رشد «واختلفوا إذا ورد البيع مطلقا في هذه الحال - قبل الزهر - هل يحمل على القطع وهو الجائز ، أو على التبقية المنوعة ، فمن حمل الاطلاق على التبقية ، أو رأى أن النهي يتناوله بعمومه قال: لا يجوز ، ومن حمله على القطع قال: يجوز ، (=)

الثانى: تفسير بدو الصلاح ، فمن فسر به بأنه الظهور والبروز وأن ذلك يحصل بانفراك الزهر عن الثمرة وانعقادها وإن صغرت أجاز البيع لأمان العاهة والفساد حينئذ وإليه ذهب الحنفية ومن وافقهم . ومن فسر به بظهور النضج وبدو الحلاوة فى الثمار ، والاشتداد فى الحب منعه وحرمة وإليه ذهب الجمهور . المالكية والشافعية والحنابلة ومن وافقهم^(١) ، إذا اتضح هذا فقد اختلف الفقهاء على قولين فى حكم بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح مع الاطلاق فى البيع.

القول الأول: أن هذا البيع جائز وبه قال من أجاز البيع ولو بشرط التبقية كيزيد بن أبى حبيب^(٢) ، والكوفيون وإن لم يشترط القطع^(٣) ، وهو قول

(=) والمشهور عن مالك أن الاطلاق محمول على التبقية ، وقد قيل عنه: أنه محمول على القطع ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٧ ، وفى النيل «وإن وقع بلا شرط ففيه خلاف فعامله على القطع أجازته وحامله على الإبقاء منعه ، وصحح» النيل مع شرحه ج ٨ ص ١١١ ، وفى الإيضاح «وإن باعها مطلقاً ولم يشترط شيئا ففيها بين العلماء اختلاف ، فمن حمل الاطلاق على القطع قال بجوازها ، ومن حمّل على التبقية أبطله ، وهذا القول هو الصحيح وعليه العمل» الإيضاح وحاشيته ج ٥ ص ٦٠ ، وانظر فيه الحارثى الكبير ج ٦ ص ٢٢٩ ، الشامل ص ٢٨٥ محقق ، حلية العلماء ج ٢ ص ٥٥٠ ، تنمية الابهانة ج ٤ ورقة ١٦٤ ، البيان ص ١٤٣ محقق ، المغنى ج ٤ ص ٢١٩ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٢٣١ ، ٢٣٢ .

(١) يقول ابن الهمام فى الخلاف بين مذهبه ومذهب الشافعى «لكن بدو الصلاح عندنا أن تأمن العاهة والفساد ، وعند الشافعى هو ظهور النضج وبدو الحلاوة والخلاف إنما هو فى بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف فى معناه لا بشرط القطع» شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٨٩ ، ونقله الشلبى عن الفتح فى حاشيته مع تبين الحقائق ج ٤ ص ١٢ ، «وفى الشمنى: وإنما الخلاف فى تفسير بدو الصلاح ، وعندنا على ما فى المبسوط هو أن يأمن العاهة والفساد» مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٧ ، «وذلك بالبروز أى الظهور. والمراد به انفراك الزهر عنها وانعقادها ثمرة وإن صغرت» حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٩ ، «وعند الشافعى ظهور النضج ومبادئ الحلاوة» مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٧ .

(٢) فتح الباري ج ٤ ص ٤٦١ ، وانظر ما تقدم فى قول القائلين بجواز البيع مطلقاً قبل بدو الصلاح ويعدّه ، ص ١٠٢ .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٨ .

الهادوية ويقطع في الحال^(١) وقول الحنفية ويلزم المشتري القطع في الحال جبرا عليه إذا طلب البائع تفريغ ملكه ، ومفاده كما في ابن عابدين: أنه لا خيار للمشتري في إبطال البيع إذا امتنع البائع عن إبقاء الثمار على الأشجار ، وإنما يؤخذ المشتري بقطعها في الحال بناء على أصل أبي حنيفة أن إطلاق العقد يقتضى تعجيل القطع لأن من حقوق العقد تسليم المبيع من غير تأخير، لا من جهة ما هو بيع مالم يره ، بل من جهة أن ذلك شرط عنده في بيع الثمار لكن إن أذن له البائع بالإبقاء جاز وظاهر كلام الدر كما في ابن عابدين أن البيع جائز في حال الإطلاق ولو كان الترك متعارفا مع أنهم قالوا: المعروف عرفا كالمشروط نصا ومقتضاه فساد البيع وعدم حل الزيادة^(٢).

(١) في سبل السلام ج ٣ ص ٤٦ عند شرحه لحديث عبد الله بن عمر في النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها «والحديث دليل على النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ... وإن أطلق صح عند الهادوية وأبي حنيفة ... إلا أن يجري عرف ببقائه مدة مجهولة فيفسده ...»

(٢) في مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٧ في تقسيم أحوال الثمر والزرع وحكم كل حالة «... فصار محل الخلاف البيع بعد الظهور قبل بدو الصلاح مطلقا أي بلا شرط القطع ولا بشرط الترك ، فعند الأئمة الثلاثة لا يجوز ، وعندنا يجوز» وفي الدر المختار «ويقطعها المشتري في الحال جبرا عليه» قال ابن عابدين «أي إذا طلب البائع تفريغ ملكه» وأما قوله: جبرا عليه «مفاده أنه لا خيار للمشتري في إبطال البيع إذا امتنع البائع عن إبقاء الثمار على الأشجار» الدر المختار وعليه حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٠ ، ٤١ ، وفيه: قيد المصنف الفساد باشتراط الترك لأنه لو شراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الزيادة. قال ابن عابدين «قوله: مطلقا» أي بلا شرط ترك أو قطع وظاهره ولو كان الترك متعارفا ، مع أنهم قالوا: المعروف عرفا كالمشروط نصا ومقتضاه فساد البيع وعدم حل الزيادة» ، وفي البدائع ج ٥ ص ١٧٣ «فإن كان لم يبد صلاحه فباع بشرط القطع وعلى المشتري أن يقطع للحال وليس له أن يترك من غير إذن البائع ... ولو باع مطلقا عن شرط جاز أيضا عندنا» ، ويقول ابن الهمام في حاصل المذهب «والحاصل أن بيع مالم يبد صلاحه إما بشرط القطع وهو جائز اتفاقا لأنه غير متناول للنهي لما ذكرنا . وإما مطلقا فإذا كان حكم لزوم القطع كان مثله بشرط القطع فلم يبق محل النهي إلا بيعها بشرط الترك ونحن قائلون بأنه فاسد» شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٢ ، وانظر الهداية وشرح العناية وشرح الكفاية وشرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٨٨ ، ٤٨٩ ، وتبيين الحقائق وحاشية الشلبي ج ٥ ص ١١ ، ١٢ ، ومذهب الحنفية نقله الشوكاني ، والصنعاني وابن رشد (=)

وبالقول بجواز البيع فى حال الاطلاق قال الامام مالك فى رواية وهى الرواية التى حمل فيها الاطلاق على القطع وقيد اللخمي والسيوري والمازري الجواز بكون الضمان من البائع والحال أن البيع بالنسيئة ، واختاره البناني ووافقه فى المجموع^(١) . وبالجواز قال الامام أحمد فى رواية عبد الله إن قصد القطع ويلزم به فى الحال والشيرازي يحكى رواية بالصحة من غير اشتراط قصد القطع^(٢) وهو أيضا قول عبد الله بن عبد العزيز النكارى من الاباضية فيجبر على القطع إن لم يرض البائع بالابقاء وقال: لا يفسخ البيع ما لم تبلغ

(=) والمافظ ، والشاشي ، والماوردي ، وابن الصباغ ، والعمراني ، والمتولي ، وإبنا قدامة ، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٠ ، سبل السلام ج٢ ص ٤٦ ، بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٧ ، فتح الباري ج٤ ص ٤٦٣ ، حلية العلماء للشاشي ج٢ ص ٥٥٠ ، الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٢٩ ، الشامل لابن الصباغ ص ٢٨٥ ، البيان للعمراني ص ١٤٣ ، تنمية الإهانة للمتولى ج٤ ورقة ١٦٣ ، ١٦٤ ، المغني ج٤ ص ٢١٩ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٣١ .

(١) يقول ابن رشد «والمشهور عن مالك أن الاطلاق محمول على التبقية ، وقد قيل عنه: أنه محمول على القطع» بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٧ ، ويقول ابن جزى «... وإن سكت عن التبقية والقطع فقولان» القوانين الفقهية ص ٢٢٥ . وفى حاشية الدسوقي ج٢ ص ١٧٧ «وأما على الاطلاق فقد اختلف فى فساده» وفى الشرح الصغير ج٤ ص ٣١١ «لا يصح بيع ما ذكر قبل بدو صلاحه على التبقية أو على الاطلاق من غير بيان قطع ولا تبقية» قال الصاوى فى تعليقه على الشرح السابق «أي فلا يصح مطلقا كان الضمان من البائع أو المشتري ، اشتراه بالنقد أو بالنسيئة ، هذا ظاهره وهو المعتمد كما فى الحاشية نقلا عن الخطاب ، وقيد اللخمي والسيوري والمازري المنع بكون الضمان من المشتري أو من البائع والحال أنه بالنقد للتردد بين السلفية والشمية ، فإن كان الضمان من البائع والبيع بالنسيئة جاز ، واختار البناني هذا التقييد ، ووافقه فى المجموع ، حاشية الصاوى ج٤ ص ٣١١ ، ونفس النص فى حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٢ ص ١٧٧ . وذكر أن الحاشية هى حاشية العدوى .

(٢) يقول الزركشي فى الحال الثالث من أحوال بيع الثمار قبل بدو صلاحها «الثالث: اشتراها وأطلق ... وفيه قولان للعلماء هما روايتان عن إمامنا ... والثانية: يصح إن قصد القطع ويلزم به فى الحال نص عليها فى رواية عبد الله» شرح الزركشي ج٢ ص ٤٩٤ . وفى الانصاف ج٥ ص ٦٧ «وعنه يصح إن قصد القطع ويلزم به فى الحال نص عليه فى رواية عبد الله ، وقدم فى الروضة: أن اطلاقه كشرط القطع ، وحكى الشيرازي رواية بالصحة من غير قصد القطع» .

الثمرة أي إن قطعها قبل بلوغها بثلاثة أيام^(١).

القول الثاني: بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح مع الاطلاق في البيع لا يجوز ، فيحرم ولا يصح ويبطل وبه قال الجمهور^(٢) المالكية في المشهور ويفسخ^(٣)

(١) قال الشينى في النيل « وإن وقع بلا شرط ففيه خلاف فحامله على القطع أجازة » قال أطفيش شارحه « وإن وقع بيعها قبل بدو الصلاح بلا شرط للقطع أو الإبقاء ففيه خلاف فحامله على القطع أي مجرى ذلك البيع المطلق مجرى البيع المقيد بالقطع لعدم بدو الصلاح أجازة ، فيجبر على القطع إن لم يرز البائع بالإبقاء وهو قول عبد الله بن عبد العزيز النكاري مستدلا بأنه لو اشترى قصيلا بقضله لدوايه قبل أن يبلغ لجاز ، وظاهره أنه لا يفسخ البيع ولو تركه بلا إذنه مالم يبلغ ، والظاهر أن الثمار عنده لا تفسخ مالم تبلغ » شرح النيل ج ٨ ص ١١١ ، وانظر الإيضاح وحاشية أبي ستة ج ٥ ص ٦٠ ، ٦١ ، ٦٣ ، ٦٤ ، وفي شرح النيل ج ٨ ص ١١١ ، ١١٢ « القول الأول » وهو حمله على القطع وإجازته فانهما إذا تراضيا على الإبقاء جاز الإبقاء إن أجازة قبل فسخه بثلاثة أيام .

(٢) يقول ابن رشد « وأما بيعها قبل الزهر مطلقا فاختلف في ذلك فقها . الامصار فجمهورهم على أنه لا يجوز : مالك والشافعي وأحمد وإسحاق والليث والثوري وغيرهم » بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٧ ، وذكره النووي في شرح مسلم ج ١٠ ص ١٨١ أنه قول الجمهور . وانظر حلية العلماء ج ٢ ص ٥٥٠ ، والمغنى ج ٤ ص ٢١٩ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٢٣١ ، ومجمع الأنهر ج ٢ ص ١٧ ، وشرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٨٩ ، والشامل لابن الصباغ ص ٢٥٨ ، والعمراني في البيان ص ١٤٣ ، فتح الباري ج ٤ ص ٤٦١ ، نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٠ .

(٣) أنظر النص السابق لابن رشد ، وفي القوانين ص ٢٢٥ عند عرض ابن جزى لمذهبه « وإن سكت عن التيقية والقطع فقولان » فابن جزى ذكر قولين في مذهبه ولم يصرح بأشهرهما لكن عبارة ابن رشد السابقة تدل على أنه المشهور . وأيضاً فإن شراح خليل وغيرهم يفرعون على عدم الصحة . ففي الرسالة « ولا يجوز بيع ثمر أو حب لم يبد صلاحه » قال شارحها « وكلامه محمول على ما إذا باعه بشرط التيقية أو وقع البيع مطلقا من غير شرط ، فإن وقع البيع على التيقية أو على الاطلاق فسوخ » كفاية الطالب على الرسالة ج ٢ ص ١٤٨ ، ويقول خليل « لا على التيقية أو الاطلاق » قال الخرشى « أي لا يبيعه قبل بدو صلاحه متفردا على التيقية أو على الاطلاق من غير بيان لجده ولا تيقيته فلا يصح » شرح الخرشى ج ٥ ص ١٨٥ مجلد / ٣ ، وانظر . جواهر الاكليل ج ٢ ص ٦٠ ، الشرح الصغير ج ٤ ص ٣١١ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٧٧ . ونقله الشاشي في حلية العلماء عن مالك ج ٢ ص ٥٥٠ ، وابن قدامة في المغنى ج ٤ ص ٢١٩ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٢٣١ ، وأصرح بما سبق مافي حاشية الصاوى وحاشية (=)

والشافعية^(١) والحنابلة في أصح الروايتين وأشهرهما وهي المذهب مطلقا وعليها جماهير الأصحاب^(٢) وهو قول اسحاق والليث والثوري

(=) الدسوقي ففيهما «فلا يصح مطلقا كان الضمان من البائع أو من المشتري اشتراه بالنقد أو بالنسيئة، هذا ظاهره، وهو المعتمد كما في حاشية شيخنا العدوى نقلا عن الخطاب. وقيد اللغوي والسيوري والمازري المنع هنا بكون الضمان من المشتري أو من البائع، والحال أنه قد باع بالنقد للتردد بين السلفية والثمنية فإن كان الضمان من البائع والبيع بالنسيئة جاز، اختار الهناني هذا التقييد، ووافقه على ذلك في المجمع»، حاشية الدسوقي ج ٢ ص ١٧٧، حاشية الصاوي ج ٤ ص ٣١١.

(١) في تكملة الإبانة ج ٤ ورقة ١٦٣ «بيع الثمار قبل بدو الصلاح مطلقا لا يجوز عندنا»، وفي شرح مسلم للنووي ج ١٠ ص ١٨١ «وإن باعها مطلقا بلا شرط فمذهبنا ومذهب جمهور العلماء أن البيع باطل»، وفي الحاوي ج ٦ ص ٢٢٩ «... وأما القسم الثالث: وهو أن ثباع يبيعا مطلقا لا يشترط فيه التبقية والترك ولا يشترط فيه القطع فمذهب الشافعي رحمه الله: أن البيع باطل...»، وفي ص ٢٣٨ «أما بيع الزرع بقلأ أو قصيلا قبل اشتداده وببسه فلا يجوز مطلقا ولا يشترط التبقية لما يخاف عليه من الجائع»، وفي حلية العلماء ج ٢ ص ٥٥٠ «ولا يجوز بيع الثمرة والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع، وبه قال مالك وأحمد، وقال أبو حنيفة: يصح بيعها مطلقا يقتضي ذلك القطع وعندنا يقتضي التبقية»، وانظر البيان ص ١٤٣، الروضة ج ٣ ص ٢١٠، تحفة المحتاج وحاشية الشرواني والعبادي ج ٤ ص ٤٦٣، شرح جلال المحلي وحاشيتي قليوبي وعميرة ج ٢ ص ٢٣٣، حاشية الباجوري وشرح ابن قاسم ج ١ ص ٣٥٠، ٣٥١، الأم ج ٣ ص ٨٤ مجلد ٢، مختصر المزني ج ٨ ص ١١٧، الشامل، ص ٢٨٥، ونقله ابن قدامة في المغني ج ٤ ص ٢١٩، والشرح الكبير ج ٤ ص ٢٣١، والشوكاني في نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٠، والحافظ في الفتح ج ٤ ص ٤٦١.

(٢) يقول الزركشي في الحال الثالث من أحوال بيع الثمر «وفيه قولان للعلماء، هما روايتان عن إمامنا، أشهرهما وبه جزم الشيخان والأكثر لا يصح. هذا وقد سبقت رواية بالصحة إن قصد القطع، والشيرازي يحكي رواية بالصحة من غير اشتراط قصد القطع أما ما حكاه السامري عن ابن عقيل في التذكرة - أنه ذكر في هذه المسألة أربع روايات - ليس بجيد، إنما حكى ذلك على ما اقتضاه لفظه: فيما إذا شرط القطع ثم ترك» شرح الزركشي ج ٣ ص ٤٩٤، ٤٩٥، وفي الانصاف ج ٥ ص ٦٧ «فإن باعه مطلقا: لم يصح. يعني إذا باعه ولم يشترط القطع ولا التبقية وإنما أطلق: لم يصح. وهذا المذهب مطلقا وعليه جماهير الأصحاب، جزم به في المغني والمحرر، والشرح، والفائق، وأكثر الأصحاب، قال الزركشي: جزم به الشيخان والأكثر... الخ ماسبق في الزركشي، وانظر المغني ج ٤ ص ٢١٩، والشرح الكبير ج ٤ ص ٢٣٢، ٢٣٣، كشف القناع ج ٣ ص ٢٨٣ وفيه «وإن باعه أي ماذكر من الثمرة قبل بدو صلاحها (=)

وغيرهم^(١) وهو قول الاباضية فى الصحيح عندهم من القولين وعليه العمل حتى ولو تراضيا على الابقاء^(٢).

فان وقع البيع مع الاطلاق ففسخ. فان كان المشتري قد جذها فان المالكية قالوا: يمضى بالثمن على قاعدة المختلف فى فسادة إذا فات^(٣).

(=) والزرع الأخضر والثناء ونحوها دون أصوله مطلقا فلم يذكر قطعا ولا تبقية ... لم يصح البيع لما سبق من الأدلة على اشتراط بدو الصلاح فى الشجرة واشتداد الحب فى الزرع» وأنظر. الروض المربع وحاشية العنقري ج٢ ص ١٣١ ، ١٣٢ .

(١) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٧ ، وأنظر الشامل ص ٢٨٥ ، البيان ص ١٤٣ .

(٢) قال الشينى فى النيل «وان وقع بلا شرط ففبه خلاف فحامله على القطع أجازة وحامله على الابقاء منعه وصح» قال أطفيش شارحه «وحامله على الابقاء أى مجريه مجرى البيع المقيد بالابقاء لعدم ذكر القطع منعه وصح هذا القول الثانى فلا يجوز إتمام ذلك البيع ولو برضاها على هذا لأن سكوتها قام مقام اشتراط الابقاء ، والبيع قبل بدو الصلاح باشتراط الابقاء لا يجوز ولو تراضيا بخلاف القول الأول وهو حمله على القطع وإجازته فانهما إذا تراضيا على الابقاء جاز الابقاء إن أجاز قبل فسخه بثلاثة أيام» ، شرح النيل ج٨ ص ١١١ ، ١١٢ ، ويقول الشماخي «وان باعها مطلقا ولم يشترط شيئا ففبها بين العلماء» ، اختلاف: فمن حمل الاطلاق على القطع قال بجوازه ويكون على المشتري أن يقطعها ، ومن حمله على التبقية أبطله وهذا القول هو الصحيح وعليه العمل» ، الايضاح ج٥ ص ٦٠ وعندهم «وقال الربيع: لاخير فى بيع شئ من ذلك حتى يبلغ» ، يعنى: لايجوز البيع على شرط الابقاء ولا البيع المطلق بلا ذكر قطع ولا ابقاء وذلك لأنه مصادم للنهي بخلاف ما إذا شرط القطع» ، شرح النيل ج٨ ص ١١٢ ، والايضاح ج٥ ص ٦٠ ، ٦١ .

(٣) فى الشرح الكبير «وضمان الشجرة من البائع مادامت فى رؤوس الشجر» ثم ذكر الدسوقى الحكم فيما لو اشتراها على التبقية وقد ذكرناه ثم قال «وأبأ لو اشتراها على الاطلاق وجذها فانه يمضى بالثمن على قاعدة المختلف فيه كما فى التثانى وغيره أ. هـ البنانى ، وذلك لأن مالم يبد صلاحه بيعة منفردا على التبقية إلى أن يطيب فاسد إجماعا . وأما على الاطلاق فقد اختلف فى فسادة ، والقاعدة أن المختلف فى فسادة إذا فات يمضى بالثمن ، والمتفق على فسادة يمضى بالقيمة إن كان مقوما أو كان مثليا وجهلت مكيلته وإلا فمثله» ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ج٢ ص ١٧٧ ، وأنظر . شرح الحرشى وحاشية العدوي ج٥ ص ١٨٥ مجلد / ٣ ، وحاشية الصعبدى على كفاية الطالب ج٢ ص ١٤٨ .

الأدلة:

دليل القول الأول: استدل من قال بجواز بيع الثمار والزروع مفردة قبل بدو الصلاح في حالة الاطلاق في البيع بالآتي من السنة والمعنى.

١- استدلوا بما رواه البخاري في صحيحه عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله - ﷺ - قال «من باع نخلا قد أهرت فثمرها للبائع إلا أن يشترط المبتاع» ورواه مسلم في صحيحه^(١).

ووجه الدلالة من الحديث: أن رسول الله - ﷺ - جعل الثمرة للمشتري بالشرط من غير فصل بين ما إذا ابدأ صلاحها أو لا ، دل أنها محل للبيع كيف ما كان^(٢) ، ويقول ابن الهمام بعد ذكره للحديث «فجعله للمشتري بالشرط فدل على جواز بيعه مطلقاً لأنه لم يقيد دخوله في البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بدأ صلاحه»^(٣) ، ونقله ابن رشد عنهم حيث قال «وأما الكوفيون فحجبتهم في بيع الثمار مطلقاً قبل أن تزهي حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله - ﷺ - قال: من باع نخلا قد أهرت ... الحديث. قالوا: فلما أجاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفرداً»^(٤).

يقول الشماخي «وقال بعضهم: إذا ذكرت وتبين الحب جاز بيعها . ودليل هذا القول قوله عليه السلام: من باع نخلة قد أهرت ... قالوا: لما أجاز أن يشترط المبتاع جاز بيعها مفردة»^(٥).

(١) صحيح البخاري بفتح الباري ج٤ ص ٤٦٩ ، مسلم بشرح النووي ج١٠ ص ١٩٠ ، نصب الرأية ج٤ ص ٥ ، بلوغ المرام بشرحه سبل السلام ج٢ ص ٤٨ ، ٤٩ ، سنن ابن ماجه ج٢ ص ٧٤٥ ، ٧٤٦ ، منتقى الأخبار بشرحه نيل الأوطار ج٦ ص ٢٥٧ .

(٢) بدائع الصنائع ج٥ ص ١٣٩ .

(٣) شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩١ ، شرح العناية ج٥ ص ٤٨٨ ، مجمع الأنهر ج٢ ص ١٧ ، حاشية ابن عابدين والدر المختار ج٤ ص ٤٠ ، ٤١ .

(٤) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٨ .

(٥) الإيضاح ج٥ ص ٦٣ ، ٦٤ .

٢- استدلل ابن الهمام أيضا بما فى موطأ مالك عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت: إبتاع رجل ثمرة حائط^(١) فى زمان النبى - ﷺ - فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له أو يقيله فحلف أن لا يفعل. فذهبت أم المشتري إلى النبى - ﷺ - فذكرت ذلك له فقال رسول الله - ﷺ -: تألى^(٢) أن لا يفعل خيراً فسمع بذلك رب الحائط فأتى رسول الله - ﷺ - فقال: يا رسول الله: هو له^(٣).

قال ابن الهمام فى وجه الدلالة: فلولا صحة البيع لم تترتب الاقالة عليه^(٤).

والحنفية حملوا النهى فى الأحاديث على بيع الثمار مدركة قبل إدراكها بأن باعها قمرًا وهى بسر ، أو باعها عنبا وهى حصرم ، أو باعها بشرط الترك ، أو باعها سلماً ، أو باعها قبل ظهورها وبروزها أى قبل وجودها . فقول - ﷺ - « حتى يبدو صلاحها » فسروه بظهور الثمرة الذى يحصل بانفراك الزهر عن الثمرة وانعقادها وإن صغرت. قالوا: ودليل صحة هذا التأويل قوله - ﷺ - فى سياق الحديث « أرايت ان منع الله الثمرة بم

(١) الحائط والبستان والباغ بمعنى واحد . ولفظ البستان فارسي معرب ومثله الباغ فى لغة فارس أيضا. والحائط هو لغة العرب وكذا الجنينة والحديقة والكرم كما قاله الخطيب. قليوبى على جلال المحلى ج٢ ص ٢٢٨ ، روضة الطالبين ج٢ ص ٢٠٠ ، أسنى المطالب ج٢ ص ٩٩ ، الشروانى والعبادى على التحفة ج٤ ص ٤٤٧ ، المصباح المنير ج١ ص ٤٨ كتاب الباء. والحائط واحد الحيطان وحوط كرمه نحو يطاينى حوله حائطاً فهو كرم معوط. مختار الصحاح، ص ٩٢ باب الحاء . المصباح المنير ج١ ص ١٥٦ كتاب الحاء . ويسمى الحائط الذى هو البستان لأنه تحوط عليه بالحيطان وهى الجدر، ومنه اشتقت الحياطة التى هى الحفظ، وقد حوط كرمه تحويطاً أى بنى حوله ، النظم المستعذب ج١ ص ٢٨١.

(٢) أى حلف.

(٣) شرح فتح القدير ج٤ ص ٤٩١ ، والحديث فى موطأ مالك مع المنتقى ج٤ ص ٢٣١ ، باب الجانحة فى بيع الثمار والزروع.

(٤) شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩١.

يستحل أحدكم مال صاحبه؟^(١)، ولفظة المنع تقضى أن لا يكون ما وقع عليه البيع موجودا ، لأن المنع منع الوجود^(٢) وعبارة الباهرتى «وذهب الثمرة يتصور إذا اشترى بشرط الترك إلى أن يبدو صلاحها ، أو باعها بطريق السلم»^(٣). وعبارة ابن قدامة لهم «لفظة المنع تدل على أن العقد يتناول معنى هو مفقود فى الحال حتى يتصور المنع»^(٤) وكلها بمعنى واحد.

(١) أنظره فى حديث أنس رقم (٣) وحديث جابر رقم (٤) فى النص الحاكم، ص ٧٨ وما بعدها . يقول الباهرتى «والجواب عن الحديث أن تأويله إذا باعه بشرط الترك أو أن المراد به النهى عن بيعها سلما بدليل قوله - رحمه الله -: أرأيت لو أذهب الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه. وإنما يتوهم هذا - أي ذهب الله الثمرة - إذا اشترى بشرط الترك إلى أن يبدو صلاحها، أو بطريق السلم» شرح العناية على الهداية ج ٥ ص ٤٨٩ ، وانظر بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٩٩ ، وشرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٨٩ ، ٤٩١ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٧ ، حاشية ابن عابدين والدر المختار ج ٤ ص ٣٩ ، ٤٠ ، ٤١ ، ونقله ابن قدامة فقال «القسم الثالث: أن يبيعها مطلقا ولم يشترط قطعا ولا تبعية فالبيع باطل وبه قال مالك والشافعى. وأجازه أبو حنيفة لأن إطلاق العقد يقتضى القطع فهو كما لو اشترطه . قال: ومعنى النهى أن يبيعها مدركة قبل إدراكها بدلالة قوله «أرأيت إن منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟» ، فلفظة المنع تدل على أن العقد يتناول معنى هو مفقود فى الحال حتى يتصور المنع» المغنى ج ٤ ص ٢١٩ ، والشرح ج ٤ ص ٢٣١ وما بعدها ، وفى نيل الأوطار فى مذاهب الفقهاء فى البيع قبل بدو الصلاح فى القول الثالث «أنه يصح إن لم يشترط التبعية ، وهو قول أكثر الحنفية . قالوا: والنهى محمول على بيع الثمار قبل أن توجد أصلا» نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٠ ، وفى الفتح فى مذاهب الفقهاء فى البيع قبل بدو الصلاح فى القول الرابع «وقيل: يصح أن لم يشترط التبعية والنهى فيه محمول على بيع الثمار قبل أن توجد أصلا ، وهو قول أكثر الحنفية» فتح البارى ج ٤ ص ٤٦١ ، ويقول ابن رشد «وأما الكوفيون فحجبتهم فى بيع الثمار مطلقا قبل أن تزهى ... وربما قالوا: إن المعنى الذى دل عليه الحديث فى قوله «حتى يبدو صلاحها» هو ظهور الثمرة. بدليل قوله -ص- «أرأيت أن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه» بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٨.

(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٩ ، شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٨٩ ، ٤٩١ ، شرح العناية ج ٥ ص ٤٨٨ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٧ ، حاشية ابن عابدين والدر المختار ج ٤ ص ٤٠ ، ٤١.

(٣) شرح العناية ج ٥ ص ٤٨٩ ، وانظر نصها بهامش سابق.

(٤) المغنى ج ٤ ص ٢١٩ والشرح الكبير ج ٤ ص ٢٣١ ، وما بعدها وانظر نصهما بهامش سابق.

وبعض الحنفية حمل النهى فى الأحاديث على الندب واحتجوا لذلك بما روى عن زيد بن ثابت فى الحديث الذى رواه البخاري أنه لما كثرت خصومات الناس بسبب هذا البيع قال لهم الرسول - ﷺ - «فأما ، لا . فلا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر ، كالمشورة يشير بها لكثرة خصوماتهم ...»^(١) ، فهذا الحديث لم يجزم بالنهى حيث صرح بأن ما قاله الرسول - ﷺ - كان على سبيل المشورة^(٢).

٢- استدل الحنفية بقولهم: أن الترك فى البيع على الإطلاق ليس بمشروط نصاباً إذ العقد مطلق عن الشرط أصلاً فلا يجوز تقييده بشرط الترك من غير دليل خصوصاً إذا كان فى التقييد فساد العقد ، قاله الكاسانى^(٣) ويقول الصنعانى فى هذا الدليل وهو للهادوية أيضاً «وإن أطلق صح عند الهادوية وأبى حنيفة إذ المتردد بين الصحة والفساد يحمل على الصحة إذ هى الظاهر إلا أن يجرى عرف ببقائه مدة مجهولة فيفسده ، وأفاده نهى البائع والمبتاع»^(٤).

ويقول الماوردي فى تقرير هذا الدليل للحنفية «وقال أبو حنيفة: ولأن العقد إذا أمكن حمله على وجه يصح لم يجز أن يحمل على وجه الفساد،

(١) سبق نصه وتخرجه بالنص الحاكم حديث رقم (١) ص ٧١ وما بعدها.

(٢) سبق فى دليل القائلين بالجواز مطلقاً فقد استدل به يزيد بن أبى حبيب ومن وافقه، ص ١٠٣ . ويقول ابن رشد «وأما الكوفيون فحجبتهم فى بيع الثمار مطلقاً قبل أن تزهى ... وحملوا الحديث الوارد بالنهى عن بيع الثمار قبل أن تزهى على الندب ، واحتجوا لذلك بما روى عن زيد بن ثابت قال: كان الناس فى عهد رسول الله - ﷺ - يتبايعون الثمار ... الحديث، بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٨ ، وفى فتح الباري ج ٤ ص ٤٦١ «وقيل يصح إن لم يشترط التهيئة والنهى فيه محمول على بيع الثمار قبل أن توجد أصلاً ، وهو قول أكثر الحنفية ، وقيل: هو على ظاهره لكن النهى فيه للتنزيه ، وحديث زيد بن ثابت المصدر به الباب يدل للأخير» أي للتنزيه.

(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٣.

(٤) سبل السلام ج ٣ ص ٤٦.

فوجب أن يحمل اطلاق العقد على القطع ليصح ، ولا يحمل على التبقية لفسد ، ولأنها ثمرة لم يشترط تركها فجاز بيعها كالمشروط قطعها ...»^(١).

٣- استدلال الحنفية أيضا بقياس حالة الاطلاق على حالة اشتراط القطع المتفق عليها وعلى البيع بعد بدو الصلاح. قالوا: أن كل ثمرة جاز بيعها بشرط القطع جاز بيعها على الاطلاق كالبادية الصلاح^(٢).

وفى تنمة الابانة «وعند أبى حنيفة اطلاق العقد يقتضى القطع فى الحال فيصير كما لو اشترط القطع»^(٣) وفى الشامل «وقال أبو حنيفة: إذا باعها مطلقا جاز ، وعنده أن المطلق يقتضى القطع فى الحال فهو بمنزلة شرط القطع واحتج بأن القطع إنما هو يرفع ملك البائع ونقل المبيع عنه ، وذلك مقتضى البيع ، ألا ترى أنه إذا باع حنطة فى كندوجة»^(٤) كان على المشتري نقله ولم يحتج إلى شرط النقل»^(٥)، ويقول الماوردي «وقال أبو حنيفة: البيع جائز ، ويؤخذ المشتري بقطعها فى الحال بناء على أصله فى أن إطلاق العقد يقتضى تعجيل القطع لأن من حقوق العقد تسليم المبيع من غير تأخير، والتسليم لا يتم إلا بالقطع ، وإذا كان إطلاق العقد فيها يقتضى تعجيل قطعها ثم ثبت أنها لو شرطا تعجيل القطع صح العقد فكذا مع اطلاق العقد المقتضى تعجيل القطع»^(٦).

٤- استدلال الحنفية أيضا بأنه باع ثمرة موجودة ، وهى بعرض أن تصير

(١) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٢٩.

(٢) الحاوى السابق.

(٣) تنمة الابانة ج٤ ورقة ١٦٤.

(٤) الكندوجة: شبه المخزن معرب كندو ، القاموس المحيط ج١ ص ٢١٢.

(٥) الشامل لابن الصباغ ص ٢٨٥ ، ٢٨٦.

(٦) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٢٩.

منتفعا بها فى الحال الثانى وان لم يكن منتفعا بها فى الحال فيجوز بيعها كبيع جرو الكلب على أصلنا ، وبيع المهر ، والجحش الصغير ، والأرض السبعة ، وبعبارة أخرى: أنه مال متقوم منتفع به فى الحال أو فى المآل فصار كالأطفال والجحش والمهر^(١).

٥- استدل الحنابلة لروايتهم غير المشهورة وهى رواية الصحة عند الاطلاق إن قصد القطع ويلزم به فى الحال بقولهم «حملا على عرف الشرع والحال هذه وتصحيحا لكلام المكلف ما أمكن»^(٢). وهذا الدليل كدليل الحنفية فى حمل الاطلاق على القطع ، وأنه ان تردد العقد بين الصحة والفساد الأولى حملة على الصحة- صيانة لكلام المكلف عن الاهدار.

٦- واستدل عبد الله بن عبد العزيز النكارى من الاباضية بالقياس على مسألة متفق عليها عندهم «بأنه لو اشترى قصيلا يقضه لدوابه قبل أن يبلغ لجاز»^(٣) أي بالقياس على شرط القطع ، فعند الاطلاق يحمل على القطع . وينفس الحديث الأول «من باع نخلا قد أبرت ...»^(٤).

المناقشة:

أ- أما حديث «من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع ، فمردود بأنه إنما صح هنا تبعا ، وكم من شئ يصح بيعه تبعا

(١) تبين الحقائق ج٤ ص ١٢ ، بدائع الصنائع ج٥ ص ١٣٩ ، شرح العناية ج٥ ص ٤٨٨ ، الهداية ج٥ ص ٤٨٩ ، مجمع الأنهر ج٢ ص ١٧ ، شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩١ ، حاشية ابن عابدين والدر المختار ج٤ ص ٤٠ ، ٤١.

(٢) شرح الزركشي ج٣ ص ٤٩٤ ، الانصاف ج٥ ص ٦٧.

(٣) قال أطفيش بعد ذكره لهذا الدليل لصاحبه «وظاهره أنه لا ينفك البيع ولو تركه بلا إذنه مالم يبلغ ، والظاهر أن الثمار عنده لا تنفسخ مالم تبلغ» ، شرح النبل ج٨ ص ١١١ ، وانظر الايضاح ج٥ ص ٦١.

(٤) الايضاح وحاشية ابى ستة ج٥ ص ٦٣ ، ٦٤.

ولا يصح بيعه مفردا كالحمل فى بطن أمه^(١).

ويقول الحافظ: واستدل الطحاوى بحديث الباب^(٢) على جواز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها واحتج به لمذهبه الذى حكيناه فى ذلك وقد تعقبه البيهقى وغيره بأنه يستدل بالشئ فى غير ماورد فيه حتى إذا جاء ماورد فيه استدل بغيره عليه كذلك فيستدل لجواز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بحديث التأخير ، ولا يعمل بحديث التأخير ، بل لافرق عنده كما تقدم فى البيع قبل التأخير وبعده^(٣) فان الثمرة فى ذلك للبائع سواء اشترطها البائع لنفسه أو لم يشترطها ، والجمع بين حديث التأخير وحديث النهى عن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح سهل بأن الثمرة فى بيع النخل تابعة للنخل ، وفى حديث النهى مستقلة ، وهذا واضح جدا . والله أعلم بالصواب^(٤).

ويقول أبو ستة: لقائل أن يقول: لا يلزم من جواز اشتراطها جواز بيعها لأنها عند الاشتراط تكون تابعة للأصل ، ولا يلزم من الحكم لها بالتبع الحكم لها بالاستقلال ألا ترى الأول جائز بالاتفاق ، والثانى ممتنع على الأصح^(٥).

ب- أما حملهم النهى فى الأحاديث على الثمرة التى لم توجد أصلا بناء على أن بدو الصلاح معناه الظهور والبروز فيكون ما قبله هو المنهى

(١) يقول أطفيش « واستدل ابن حجر بالحديث - من باع نخلا قد أبرت ... الحديث » . على جواز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، ويرده إنه إنما صح هنا تبعاً « شرح النيل ج ٨ ص ١٠٧ » .

(٢) وهو حديث عبد الله بن عمر فى البخارى « من باع نخلا قد أبرت ... الحديث » وقد سبق تخريجه وانظر البخارى بفتح الباري ج ٤ ص ٤٦٩ .

(٣) وقد أوضحناه فى كتابنا « مدى تبعية الثمر والشجر والزرع لأصله فى البيع » فالثمره عند الحنفية للبائع أبرت أم لم تبر ، ولا يئالها المشتري إلا بالشرط .

(٤) فتح الباري ج ٤ ص ٤٧١ .

(٥) حاشية أبى ستة على الايضاح ج ٥ ص ٦٣ ، ٦٤ .

عنه. فيمكن الرد عليه بما ورد في الأحاديث من التفسيرات كما في حديث جابر عند البخاري ومسلم وغيرهما «نهى النبي - ﷺ - أن تباع الثمرة حتى تشقح ، ف قيل: وما تشقح؟ قال: تحمار وتصفار ويؤكل منها»^(١) قال الحافظ «وفيه دليل على أن المراد يبدو الصلاح قدر زائد على ظهور الثمرة»^(٢).

وأما حمل بعضهم النهي على النذب اعتمادا على حديث زيد بن ثابت فهو مردود بأن هذا الحديث كان في أول الأمر على فرض أن ما فيه من قوله «كالشورة» من كلام زيد بن ثابت ، وإلا فقد قيل: أنه من كلام الرواة: ثم أنه جاء الجزم بالنهي في حديث عبد الله بن عمر وغيره وقد استشعر البخاري ذلك فرتب الأحاديث بحسب ذلك^(٣).

ج- وأما القول بأن اطلاق عقدها يقتضى تعجيل قطعها ، والاستناد على القياس في هذه المسألة فمردود بالآتي:

يقول الماوردي: فأما الجواب عما ذكره في أن اطلاق عقدها يقتضى تعجيل قطعها ، فهو: أنها دعوى تخالف^(٤) فيها وليس التسليم بالقطع والتحويل ، وإنما هو برفع اليد والتمكين^(٥).

وأما حمله على وجه الصحة أي حمل العقد على وجه الصحة لا الفساد فغير مسلم ، وإنما يحمل على ما يقتضيه إطلاقه ثم يعتبر حكمه في الصحة والفساد.

(١) انظره في النص الحاكم حديث رقم (٤) وكذلك في حديث أنس رقم (٣) ص ٧٧ وما بعدها.

(٢) فتح الباري ج ٤ ص ٤٦٤.

(٣) المصدر السابق. وقد سبق في القائلين بالجواز مطلقا قبل البدو وبعده على أي حال، ص ١٠٣.

(٤) أي محل نزاع فلا يصح الاستدلال بها.

(٥) أي بالتخلية . وقد ذكر سعد جلبي أن التسليم يتحقق بالتخلية حيث قال «وأنت خبير بأن شرط الترك على النخل لا ينافي تسليم العقود عليه على ما سيجي في مسألة حدوث ثمرة أخرى من أن تسليمه يتحقق بالتخلية» أنظر حاشية سعد جلبي على شرح العناية ج ٥ ص ٤٨٩.

وأما قياسه على المشروط قطعه فلا يصح لأن المطلق يقتضى الترك
فبطل ، والمشروط قطعه لا يقتضى الترك فصح .

وأما قياسه على ما هذا صلاحه فلا يصح من وجهين :

أحدهما : أنه يرفع النص فكان مطروحا . أي أنه قياس مصادم
للنص فيسقط .

والثاني : أن ما هذا صلاحه قد نجا من العاهة وجاز بيعه بشرط
الترك . فلذلك جاز مطلقا وليس كذلك ما لم يبد صلاحه^(١) .

ويقول ابن قدامة : أن النبي - ﷺ - أطلق النهي عن بيع الثمرة قبل
بدو صلاحها فيدخل فيه محل النزاع .

واستدلّاهم بسباق الحديث « أ رأيت أن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم
مال صاحبه ؟ » يدل على هدم قاعدتهم التي قرروها في أن اطلاق العقد
يقتضى القطع ، ويقرر ما قلنا من أن اطلاق العقد يقتضى التبقية فيصير
العقد المطلق كالذي شرطت فيه التبقية يتناولهما النهي جميعا ويصح
تعليهما بالعلة التي علل بها النبي - ﷺ - من منع الثمرة وهلاكها^(٢) .

ويقول ابن الصباغ « لو كان المطلق يقتضى القطع لم ينصرف إليه
النهي لجواز البيع بشرط القطع بالاجماع . ولأن النقل في شمار إنما يكون
عند بلوغ الثمرة في العرف والعادة ، فمطلق البيع ينصرف إليه كاطلاق
الثمن مع العرف في نقد البلد فانه ينصرف إليه ، وبهذا يفارق بيع الطعام
في الكندوج لأنه لا عرف في تبقيته »^(٣) .

(١) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٣٠ ، وانظر شرح النيل ج٨ ص ١١٢ .

(٢) المغنى ج٤ ص ٢١٩ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ .

(٣) الشامل ص ٢٨٦ .

د- أن من قال من الكوفيين بهذا القول ولم ير رأي أبي حنيفة في ضرورة القطع كان ينبغي عليه أن يجيزها بشرط التبقية ما دام لم يحمل الحديث الذي استند إليه هو والحنفية «من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن اشتراطها المبتاع» على ما حمله الجمهور وهو بيع الثمرة مع الأصل.

يقول ابن رشد «الرد على الكوفيين: وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ولم يكن يرى رأي أبي حنيفة في أن من ضرورة بيع الثمار القطع أن يجيز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها على شرط التبقية ، فالجمهور يخلون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الإزهاء على الخصوص، أعنى إذا بيع الثمر مع الأصل»^(١).

أقول: هكذا نرى أن أدلة أصحاب هذا القول لم تسلم من المناقشة وقد قال الصنعاني في مذهب الحنفية «وللحنفية تفاصيل ليس عليها دليل»^(٢)، ومع ذلك فإن ابن رشد يرى أن خلاف الكوفيين مع الجمهور في هذا الموطن أقوى وأقرب لما فيه من الجمع بين حديثي ابن عمر^(٣). يقول ابن رشد «اختلاف الكوفيين مع الجمهور في موضعين: أحدهما: في جواز بيعها قبل أن تزهي . والثاني: ... وخلافهم في الموضوع الأول أقوى من خلافهم في الموضوع الثاني: ... وإنما كان خلافهم في الموضوع الأول أقرب لأنه من باب الجمع بين حديثي ابن عمر المتقدمين، ولأن ذلك أيضا مروي عن عمر بن الخطاب وابن الزبير»^(٤).

وأقول: أن الجمع بين الحديثين له طريق أسهل من هذا فقد جمع

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٨.

(٢) سبل السلام ج ٣ ص ٢٠.

(٣) وهما: حديث ابن عمر «من باع نخلا قد أبرت ... الخ» وحديث ابن عمر في النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها.

(٤) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٩.

بينهما الجمهور بما ذكره البيهقي وغيره: بأن الثمرة فى بيع الشجر تابعة للشجر ، وفى حديث النهي بيع الثمرة مستقلة ، وهذا واضح جدا^(١).

أدلة القول الثانى: استدل الجمهور على عدم صحة بيع الثمار والزروع قبل بدو صلاحها حالة الاطلاق فى البيع بالسنة والمعنى.

١- أحاديث النهي عن بيع الثمار والزروع قبل بدو صلاحها .
فالمأوردي مثلاً ذكر منها خمسة أحاديث منها عن أنس ، وجابر ، وعبد الله بن عمر ، وأبى هريرة. وهذه الأحاديث قد سبق ذكرها فى النص الحاكم.

يقول المأوردي: ودليلنا ما رويناه من الأحاديث الخمسة باختلاف الفاظها واتفاق معانيها أن النبي - ﷺ - «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها» فكان الاستدلال بها من وجهين.

أحدهما: أن النهي توجه إلى المعهود من البيعات ، والمعهود من البيع إطلاق العقد دون تقييده بالشرط ، فصار النهي بالعرف متوجهاً إلى البيع المطلق دون المقيّد^(٢).

أقول: أي أن العرف هو الذي خص النهي بالبيع المطلق عن شرط القطع.

قال المأوردي: الاستدلال: أن النهي لا يخلو من أن يتوجه إلى بيعها بشرط القطع ، أو على شرط الترك ، أو على الإطلاق. فلم يجوز أن يحمل على شرط القطع لجوازه إجماعاً^(٣)، ولا شرط الترك لأن النهي ورد مطلقاً

(١) فتح البارى ج٤ ص ٤٧١ ، وانظره فى المناقشة الأولى السابقة (أ).

(٢) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٢٩.

(٣) هذا الاجماع غير مسلم كما نبه عليه الحافظ فى الفتح والشوكانى فى نيل الأوطار كما سبق ذكره فى المقدمة . لأن هناك من منع البيع قبل الصرام مطلقاً بدو صلاحها أم لا . وقد سبق ذكره . وسيأتى فى شرط القطع.

فثبت أنه محمول على البيع المطلق^(١).

ويقول ابن الصباغ «ودليلنا أن النبي - ﷺ - أطلق النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، وهذا يقتضى النهي عن بيع مطلق»^(٢).

ويقول المتولى «ودليلنا فى المسألة ما روينا من اطلاق نهى الرسول - ﷺ - عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح فوجب القول بتحريم البيع المطلق لا اطلاق النهي»^(٣).

ويقول العمرانى «وإن أطلقا العقد: لم يصح البيع عندنا ، وبه قال مالك وأحمد رحمة الله عليهما - وإسحاق رحمه الله . وقال أبو حنيفة يصح البيع ويؤخذ المشتري بقطع ذلك فى الحال» ثم يستدل للجمهور فيقول: دليلنا ما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي - ﷺ - «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها» وروى أنس رضى الله عنه أن النبي - ﷺ - «نهى عن بيع الثمار حتى تزهى. قيل يا رسول الله: وما تزهى؟ قال - ﷺ -: حتى تحمر» ثم قال «لو منع الله الثمرة بم تأخذ مال أخيك؟» وروى أنس أيضا أن النبي - ﷺ - «نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد»^(٤)، ثم قال العمرانى فى بيان وجه الدلالة: فنهى النبي - ﷺ - عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، وعموم هذا يدل على أنه لا يجوز بشرط القطع ولا بغيبه ، فقامت الدلالة على جواز البيع بشرط القطع وهو الاجماع، وبقي الباقي على عموم الخبر^(٥).

(١) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٢٩.

(٢) الشامل ص ٢٨٥ ، ٢٨٦.

(٣) تنمة الاهانة ج٤ ورقة ١٦٤.

(٤) سبق تخريج هذه الأحاديث فى النص الحاكم عبد الله بن عمر فى رقم (٢) وأنس فى رقم (٣) ص ٧٤ وما بعدها.

(٥) البيان ص ١٤٣ ، ١٤٤ ، ١٤٥ ، وبهذه الأحاديث ونحوها استدلل ابن الهمام الحنفى للجمهور. قال «وجه قول الشافعى وباقى الأئمة فى الخلافة ما فى الصحيحين عن أنس ...» شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩١.

ويقول النووي « وإن باعها مطلقا بلا شرط فمذهبنا ومذهب جمهور العلماء أن البيع باطل لاطلاق هذه الأحاديث . وإنما صححناه بشرط القطع للاجماع فخصصنا الأحاديث بالاجماع فيما إذا شرط القطع »^(١).

ويقول ابن قدامة « ولنا: أن النبي - ﷺ - أطلق النهي عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها فيدخل فيه محل النزاع »^(٢).

وعند الاباضية قال أطفيش: واستدل المصنف^(٣) على ما صححه بقوله - ﷺ - « رأيت أن منع الله الثمرة فيم يأخذ أحدكم مال أخيه؟ » حيث حمل مبايعة الناس على الإبقاء حتى تكون الثمار تامة ، وكونه - ﷺ - نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها فإنه حمل لمبايعتهم على الإبقاء لأن مرید القطع قبل بدو الصلاح لا يناسبه ذكر بدو الصلاح^(٤) ، ونحوه ذكره الشماخي منهم^(٥).

ويقول ابن رشد « دليل الجمهور في منع بيع الثمرة على رؤوس الشجر قبل الزهو: أما دليل الجمهور. فالحديث الثابت عن ابن عمر « ... نهى البائع والمشتري » ثم قال « فعلم أن ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغاية ، وأن هذا النهي يتناول البيع المطلق وبشرط التبقية . ولما ظهر للجمهور أن المعنى في هذا خوف ما يصيب الثمار من الجائحة غالبا قبل أن تزهي لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو « رأيت إن منع الله الثمرة فيم يأخذ أحدكم مال أخيه؟ » لم يحمل

(١) شرح مسلم للنووي ج ١٠ ص ١٨١.

(٢) المغنى ج ٢ ص ٢١٩ ، والشرح الكبير ج ٢ ص ٢٣٢ ، ٢٣٣ ، وانظر كشف القناع ج ٣

ص ٢٨٣ ، والروض المربع ج ٢ ص ١٣٢ ، وشرح الزركشي ج ٢ ص ٤٩٤.

(٣) هو الشميني صاحب متن النيل.

(٤) شرح النيل ج ٨ ص ١١١.

(٥) الإيضاح ج ٥ ص ٦٠.

العلماء النهي في هذا على الاطلاق: عن النهي عن البيع قبل الازهاء . بل رأوا أن معنى النهي هو بيعه بشرط التبقية إلى الازهاء ، فأجازوا بيعها قبل الازهاء بشرط القطع^(١) لا عند الاطلاق لأن الاطلاق يقتضى التبقية عند الجمهور.

أقول: وخلاصة هذا الدليل أن النهي في الأحاديث يعم البيع حالة الاطلاق في البيع عملا بالعرف إذ العرف يعنى التبقية عند الاطلاق لأن مريد القطع قبل بدو الصلاح لا يناسبه ذكر بدو الصلاح. وهو ما سنذكره في الدليل التالي:

٢- أن اطلاق العقد يقتضى التبقية والترك ، لأن العرف في القبض يجرى مجرى الشرط . والعرف في الثمار أن تؤخذ وقت الجداد ، فصار المطلق كالمشروط تركه ، ثم ثبت أن اشتراط تركها مبطل للبيع ، فكذا إطلاق عقدها الذي يجرى بالعرف مجرى اشتراط تركها يجب أن يكون مبطلا للبيع. قاله الماوردي^(٢).

ويقول ابن الصباغ «وعندنا أن المطلق يقتضى التبقية فهو بمنزلة شرط التبقية. ولو كان المطلق يقتضى القطع لم ينصرف إليه النهي لجواز البيع بشرط القطع بالاجماع»^(٣).

ويقول المتولى «وأصل هذه المسألة: أن عندنا اطلاق العقد على الشجرة يقتضى تبقيتها على الشجرة إلى وقت الجداد حملا للأمر على ما جرى به العرف والعادة فيصير كما لو شرط التبقية»^(٤).

(١) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٧ . وانظر الايضاح السابق ، الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٣٨ .

حيث يقول الماوردي في الزرع «أما بيع الزرع بقلا أو قصيلا قبل اشتداده وبسه فلا يجوز مطلقا ولا بشرط التبقية لما يخاف عليه من الجائع».

(٢) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ .

(٣) الشامل ص ٢٨٥ ، ٢٨٦ .

(٤) تنمة الاهانة ج٤ ورقة ١٦٤ .

ويقول النووي « أن العادة في الثمار الابقاء فصار كالمشروط »^(١).

ويقول الزركشي « لا يصح لأن الاطلاق يقتضى النقل على ما جرت به العادة ، والعادة في الثمر كما تقدم قطعها إذا بدا صلاحها ، فصار كأنه مشروط عدم القطع »^(٢).

ويقول أطفيش « أن الأصل في الغلة قصد إدراكها وطيبها فسكوتها قام مقام اشتراط الابقاء ، والبيع قبل بدو الصلاح باشتراط الابقاء لا يجوز ولو تراضيا »^(٣).

وبهذا الدليل استدل الكاساني الحنفى للامام الشافعي. قال « ولو باع مطلقا عن شرط جاز أيضا عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز. وجه قوله: أن المطلق ينصرف إلى المتعارف ، والمتعارف هو الترك فكان هذا بيعا بشرط الترك دلالة فصار كما لو شرط الترك نصا »^(٤).

٣- أنها ثمرة لم يبد صلاحها ، فوجب أن لا يصح أفراد بيعها من غير اشتراط قطعها قياسا على بيعها بشرط الترك^(٥).

٤- أن النقل في الثمار إنما يكون عند بلوغ الثمرة في العرف والعادة فمطلق البيع ينصرف إليه كاطلاق الثمن مع العرف في نقد البلد فانه ينصرف إليه ، وبهذا يفارق بيع الطعام في الكندوج^(٦) لأنه لا عرف في تبقيته^(٧).

(١) شرح مسلم ج ١٠ ص ١٨١ ، وانظر حلية العلماء ج ٢ ص ٥٥٠ ، وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٧.

(٢) شرح الزركشي ج ٢ ص ٤٩٤.

(٣) شرح النيل ج ٨ ص ١١١ ، وانظر الايضاح ج ٥ ص ٦٠.

(٤) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٣.

(٥) الحاوي الكبير ج ٦ ص ٢٣٠.

(٦) سبق معناه بهامش ص ١٣٢.

(٧) الشامل ص ٢٨٥ ، ٢٨٦.

وبعبارة أخرى أن نقل المبيع إنما يكون على حسب العادة فيه ، بدليل أنه إذا اشترى متاعا بالليل فانه لا يكلف نقله حتى يصبح ، وإذا اشترى طعاما لم يكلف نقله دفعة واحدة بل ينقله شيئا بعد شيء ، وقد جرت العادة بأن الثمار لا تنقل إلا بعد بدو الصلاح فيها .

وإذا باعه ثمرة أو زرعاً قبل بدو الصلاح فيها من غير شرط القطع لم يأمن أن يتلف بعاهة قبل ذلك ، وفي ذلك غرر من غير حاجة فلم يصح^(١) .

المناقشة :

ناقش ابن الهمام الحنفى استدلال الجمهور بالأحاديث على أن النهي يعم الاطلاق كاشتراط التبقية ، وأن الاطلاق يقتضى التبقية فقال: أما النهي المذكور فهم قد تركوا ظاهره ، فانهم أجازوا البيع قبل أن يبدو صلاحها بشرط القطع وهذه معارضة صريحة لمنطوقة . فقد اتفقنا على أنه متروك الظاهر وهو لا يحل إن لم يكن لموجب . والموجب عندهم تعليله عليه الصلاة والسلام بقوله « رأيت إن منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه؟ » . فانه يستلزم أن معناه^(٢) أنه نهى عن بيعها مدركة قبل الادراك ومزهية قبل الزهو . وقد فسر أنس رضى الله عنه زهوها بأن تحمر أو تصفر ، وفسرها ابن عمر بأن تأمن العاهة . فكان النهي عن بيعها محمرة قبل الاحمرار ، ومصفرة قبل الاصفرار ، أو آمنة من العاهة قبل أن يؤمن عليها ، وذلك لأن العادة أن الناس يبيعون الثمرة قبل أن تقطع فنهى عن هذا البيع

(١) البيان ص ١٤٥ ، وانظر . شرح الزركشي ج٣ ص ٤٩٤ ، شرح النيل ج٨ ص ١١١ ، ١١٢ ، الايضاح ج٥ ص ٦٠ ، المذهب ج١ ص ٢٨١ وفيه « ولأن المبيع إنما ينقل على حسب العادة ولهذا لو اشترى بالليل متاعا لم يكلف نقله حتى يصبح ، والعادة في الثمار تركها إلى أوان الجذاذ فإذا باعها قبل بدو الصلاح لم يأمن أن يصيبها عاهة فتتلف وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز ، وإن باعها بشرط القطع جاز لأنه يأخذ قبل أن يتلف فيأمن من الغرر .

(٢) أى في مذهبه وهو مذهب الحنفية .

قبل أن توجد الصفة المذكورة.

وما ذكرناه من نهيه - ﷺ - «عن بيع العنب حتى يسود» وهو لا يكون عنباً قبل السواد، فإنه قبله حصرم فكان معناه على القطع: النهي عن بيع العنب عنباً قبل أن يصير عنباً، وذلك لا يكون إلا بشرط الترك إلى أن يبدو الصلاح. ويدل عليه تعليل النبي - ﷺ - بقوله «أرأيت لو منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟»^(١) فالمعنى: إذا بعتموه عنباً قبل أن يصير عنباً بشرط الترك إلى أن يصير عنباً فلم يصير عنباً، والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولاً للنهي. وإذا صار محل النهي بيعها بشرط تركها إلى أن تصلح فقد قضينا عهدة هذا النهي فانا قد أفسدنا هذا البيع وبقي بيعها مطلقاً غير متناول للنهي بوجه من الوجوه.

قال: فلهذا ترك المصنف^(٢) الاستدلال لهم^(٣) في هذه الخلافية بالحديث، وحيثئذ فالحديث المذكور لنا فيها أعنى حديث التأبير سالم عن المعارض، وكذلك المعنى وهو أنه مبيع منتفع به في الحال أو في ثاني الحال.

قال: وبهذا التقرير ظهر أن ليس حديث التأبير عاماً عارضه خاصاً وهو حديث بدو الصلاح، وأن الترجيح هنا ينبغي أن يكون للخاص لأنه مانع وحديثنا مبيع بل لا يتناول أحدهما ما يتناول الآخر^(٤).

(١) يعنى يستحل البائع مال أخيه المشتري.

(٢) وهو المرفغياني صاحب الهداية.

(٣) أي للأئمة الثلاثة. وقد ذكرهم ابن الهمام في أول كلامه «وجه قول الشافعي وباقي الأئمة في الخلافة ما في الصحيحين من حديث أنس ...».

(٤) شرح فتح القدير ج٤ ص ٤٩١، وانظر. بدائع الصنائع ج٥ ص ١٩٩. الهداية وشرح العناية ج٥ ص ٤٨٩، حاشية ابن عابدين والدر المختار ج٤ ص ٣٩، ٤٠، ٤١، مجمع الأنهر ج٢ ص ١٧، تبين الحقائق ج٤ ص ١٢.

الراجع :

أقول: ما ذكره ابن الهمام من تأويلات للاعتراض على الأئمة الثلاثة والجمهور ، قد سبق الرد عليها في مناقشة أدلة القول الأول فهي لم تسلم عن المعارض ، ومن ثم فإن الرأي الراجع في نظرنا هو قول من قال بعدم صحة بيع الثمار على رؤوس أشجارها ، والزروع في أرضها إذا بيعت مفردة وكان البيع على الإطلاق. أعني قول الجمهور وهو القول الثاني لقوة ما استندوا إليه من جهة النظر ، فالعرف كما نعلمه بالمشاهدة بين أهل الزرع والشجر في مصرنا يقضى بالتبعية مع أن غالب العقود التي تقع إنما تقع على الإطلاق ، ولا يرد بأذهانهم ، ولا يخطر ببالهم حكم القطع في الحال.

وأيضاً فإنه بالمشاهدة نجد أن العاهات لا ينجو منها الثمر والزرع إلا بعد بدو الصلاح بالمعنى الذي عليه الجمهور ، والذي وردت به الأحاديث فكان المنع في حالة الإطلاق أولى قطعاً لداير النزاع.

ولأن بدو الصلاح المجمعول غاية للنهي في قوله - ﷺ - « حتى يبدو صلاحه » لا يناسب حمل الإطلاق على القطع ، وإنما يناسب حمله على التبعية يقول أطفيش « وكونه - ﷺ - نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها فإنه حمل لمبايعتهم على الإبقاء لأن مريد القطع قبل بدو الصلاح لا يناسبه ذكر بدو الصلاح »^(١) إذ مريد القطع لا يحتاج إليه لأنه سيقطع ، وإنما المحتاج إلى التنبيه عليه هو مريد الإبقاء.

وقد هاجم ابن القيم صنيع الحنفية بما يقوض بنيان مذهبهم في بيع الثمار ، والزروع مفردة ، واعتبر منهم هذا حيلة محرمة. يقول ابن القيم:

« حيلة باطلة لتجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها: ومن الحيل الباطلة

(١) شرح النيل ج ٨ ص ١١١.

التحليل على نفس مانهى عنه الشارع من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ،
والحب قبل اشتداده ، بأن يبيعه ولا يذكر تبقيته ثم يغليه إلى وقت كما له
قيصح البيع ويأخذه وقت إدراكه ، وهذا هو نفس مانهى عنه الشارع إن لم
يكن فعله بأدنى الحيل.

ووجه هذه الحيلة: أن موجب العقد القطع ، فيصح وينصرف إلى
موجبه ، كما لو باعها بشرط القطع ، ثم القطع حق لهما لا يعدوهما ، فإذا
اتفقا على تركه جاز.

ووجه بطلان هذه الحيلة: أن هذا هو الذي نهى عنه رسول الله - ﷺ -
بعينه للمفسدة التي يفضى إليها من التشاجر والتشاحن ، فإن الثمار
تصيبها العاهات كثيرا فيفضى بيعها قبل كمالها إلى أكل مال المشتري
بالباطل ، كما علل به أصحاب الشرع ، ومن المعلوم قطعا أن هذه الحيلة
لا ترفع المفسدة ، ولا تزيل بعضها ، وأيضا فإن الله وملائكته والناس قد
علموا أن من اشترى الثمار وهى شبيص^(١) لم يكن أحدا أن يأكل منها ،
فانه لا يشتريها للقطع ، ولو اشتراها لهذا الغرض لكان سفيها وبيعه
مردود ، وكذلك الجوز ، والخوخ ، والاجاص ، وما أشبهها من الثمار التي
لا ينتفع بها قبل إدراكها ولا يشتريها أحدا إلا بشرط التبقية ، وإن سكت عن
ذكر الشرط بلسانه فهو قائم بقلبه وقلب البائع ، وفى هذا تعطيل للنص
وللحكمة التي نهى الشارع لأجلها. أما تعطيل الحكمة فظاهر. وأما تعطيل
النص فانه إنما يحمله على ما إذا باعها بشرط التبقية لفظا ، فلو سكت عن
التلفظ بذلك وهو مراده ، ومراد البائع جائز ، وهذا تعطيل لما دل عليه النص
واسقاط الحكمة^(٢). والله أعلم بالصواب.

(١) الشبيص بكسر الشين: الثمر الذي لا يشتد نواه. ويقصد بالشبيص هنا الثمر قبل بدو
صلاحه. مختار الصحاح، ص ١٨٦ باب الشين، المصباح النهر، ج ١ ص ٣٢٩ كتاب
الشين.

(٢) أعلام الموقعين، ج ٣ ص ٣١١ ، ٣١٢ تحريم الحيل.

الفرع الثالث

حكم بيع الثمار والزروع مفردة قبل بدو الصلاح بشرط القطع

أقول: هذه هي الحال الثالثة لبيع الثمار والزروع مفردة قبل بدو الصلاح عند أصحاب الاتجاه القائل بالتفصيل وهم الأئمة الأربعة ومن تبعهم ومن وافقهم على هذا التفصيل.

وستناول بيان حكم البيع في هذه الحال في ثلاثة غصون.

الفصل الأول: موقف أصحاب هذا الاتجاه من حكم بيع الثمار والزروع مفردة قبل بدو الصلاح بشرط القطع.

الفصل الثاني: موقف أصحاب هذا الاتجاه من شروط صحة البيع بشرط القطع.

الفصل الثالث: موقف أصحاب هذا الاتجاه من أثر التأخير في القطع على صحة البيع وحكم الزيادة.

الفصل الأول

موقف أصحاب هذا الاتجاه من حكم بيع الثمار والزروع مفردة قبل بدو الصلاح بشرط القطع

اتفق أصحاب هذا الاتجاه على صحة أفراد الثمار بالبيع على رؤوس أشجارها الثابتة الرطبة قبل بدو صلاحها ، والزروع في أرضها قبل اشتداد جبهها إذا وقع البيع بشرط القطع في الحال^(١) وهؤلاء

(١) خرج بالبيع مالو وهب مثلاً فلا يجب شرط القطع فيه ، وكذا الرهن. قال الشرواني: ووجهه أنه بتقدير تلف الثمرة بعاهة لا يفوت على المتهب شيء في مقابلة الثمرة. (=)

هم الجمهور كما في الفتح وغيره^(١) الشافعية باتفاق^(٢)

(=) وكذا المرتهن لا يفوت عليه إلا مجرد التوثيق ودينه باق بخلاف البيع فيفوت الثمن من غير مقابل ، الشرواني على تحفة المحتاج ج٢ ص ٤٦١ ، وفي الرمل على الأسنى ج٢ ص ١٠٣ « قال شيخنا: خرج ببيعه هبته فيجوز وحده قبل بدو صلاحه وبدون شرط قطعه » وقال الباجوري « وخرج بالبيع الرهن ونحوه فإنه جائز قبل بدو الصلاح » حاشية الباجوري ج١ ص ٣٥٠ ، ويقول قليوبي « إن بيع لا إن وهب أو رهن لأن رهن ما يسرع فساده جائز بشرطه . قيل: وفي التحرير عدم صحة رهن الزرع بمؤجل وقد أوضحنا ما فيه فيما كتبناه عليه فليراجع » حاشية قليوبي على شرح جلال المحلي ج٢ ص ٢٣٣ ، والقطع في الثمار والزرع التي تقطع ، أو القلع في الزرع التي تعلق . تحفة المحتاج ج٢ ص ٤٦٤ ، شرح المحلي وقليوبي ج٢ ص ٢٣٤ .

(١) يقول الحافظ في الفتح في القول الثالث في أقوال الفقهاء . في حكم بيع الثمار قبل بدو صلاحها « وقيل: إن شرط القطع لم يبطل وإلا بطل وهو قول الشافعي وأحمد والجمهور ورواية عن مالك » فتح الباري ج٢ ص ٤٦١ ، ويقول الشوكاني أيضا في مذاهب الفقهاء نقلا عن الفتح السابق « أنه إذا شرط القطع لم يبطل وإلا بطل ، وهو قول الشافعي وأحمد ، ورواية عن مالك ، ونسبه الحافظ إلى الجمهور وحكاها في البحر عن المزيدي بالله » نيل الأوطار ج٢ ص ٢٦٠ ، وانظر سبل السلام ج٢ ص ٢٠ ، وأقول: ما ذكره الحافظ والشوكاني عن الإمام مالك يعني أن له رواية أخرى في هذه الحالة . وبالإطلاع على كتب المالكية التي توافرت عندي رأيت أنهم يقولون بالجواز على شرط القطع بلا خلاف في المذهب وقد صرح بذلك ابن رشد وسيأتي نصه .

(٢) نقله الحافظ في الفتح ، والشوكاني في نيل الأوطار كما في النصين السابقين لهما . وفي كتب الشافعية جاء في حلية العلماء ج٢ ص ٥٥٠ « ولا يجوز بيع الثمرة والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع ، وبه قال مالك وأحمد » وفي المهذب ج١ ص ٢٨١ « ولا يجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع » . وفي البيان ص ١٤٣ « إذا باع الثمر على رؤوس الشجر مفردا قبل بدو الصلاح أو باع زرعاً في أرض قبل بدو الصلاح: فإن شرط في البيع قطع ذلك ، قال الشيخ أبو حامد: صح البيع بلا خلاف لأنهما يأمنان بهذا الشرط من الغرر » والمراد بالزرع ماليش بشجر فيدخل البقول . فلا يصح بيع الزرع الأخضر ولو بقل أو قصيلا ، ومن الزرع البطيخ والباذنجان والقشأ والخيار ونحوهم قبل إثمارها إلا بشرط القطع أو القلع . جاء في التحفة « ويحرم ولا يصح بيع الزرع الأخضر ولو بقل لم يبد صلاحه في الأرض إلا بشرط قطعه أو قلعه جميعه للنهي في خبر مسلم عن ذلك فإن باعه وحده من غير شرط قطع أو قلع أو بشرط إبقائه أو بشرط قطع أو قلع بعضه لم يصح البيع ويأثم لتعاطيه عقدا فاسدا » تحفة المحتاج وحواشيه ج٢ ص ٤٦٣ ، ٤٦٤ . وانظر حكم الثمر في ص ٤٦١ ، وفي شرح المحلي « ويحرم بيع الزرع الأخضر في الأرض إلا بشرط قطعه كالثمر قبل بدو صلاحه . وفي المحرر: القطع أو القلع » قال قليوبي « ومنه البطيخ ونحوه قبل إثمارها ، ومنه (=)

والحنابلة - بلانزاع^(١). والمالكية باتفاق^(٢) وكذلك

(=) البقول فلا يصح بيع شئ منها إلا بشرط القطع ومثل القطع القلع، شرح جلال المحلى وحاشية قليوبي ج٢ ص ٢٣٤، وانظر ص ٢٣٣ في الشجرة قبل بدو الصلاح. وانظر في حكم الشمر والزرع قبل بدو الصلاح. الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٢٨، ٢٢٩، ٢٣٨. الشامل ص ٢٧٥، ٢٨٥، ٢٩٥، تنمة الابانة ج٢ ورقة ١٦٣، ١٦٧، حاشية الباجوري وشرح ابن قاسم ج١ ص ٣٥٠، ٣٥١، شرح مسلم للنوي ج١٠ ص ١٨٢، الأم ج٣ ص ٨٤ مجلد / ٢، مختصر الزني ج٨ ص ١١٧، ١١٨، أسنى المطالب وحاشية الرملي ج٢ ص ١٠٣، ١٠٤، ١٠٥، روضة الطالبين ج٣ ص ١١٠، ٢١٤. وورق الشجر الذي يقصد بيعه كورق التوت حكمه حكم الشمر. قال في التحفة «ورق التوت قبل تناهيه كالشمر قبل بدو الصلاح، ويعد كهر بعد» تحفة المحتاج ج٢ ص ٤٦١. وفي الروضة ج٣ ص ٢١٢ «قال صاحب التهذيب: بيع أوراق الفرساد قبل تناهيها، لا يجوز إلا بشرط القطع»، والفرصاد هو التوت، ومثل ورق التوت الرياحين والمشعومات.

(١) في كشف القناع ج٣ ص ٢٨١ «ولا يصح بيع الشجرة قبل بدو صلاحها ... ولا يصح بيع الزرع قبل اشتداد حبه ... إلا إذا باع الشجرة قبل بدو صلاحها والزرع قبل اشتداد حبه بشرط القطع في الحال فيصح» وفي الانصاف ج٥ ص ٦٥ «ولا يجوز بيع الشجرة قبل بدو صلاحها، ولا الزرع قبل اشتداد حبه بلا نزاع في الجملة إلا بشرط القطع في الحال نص عليه» ويقول ابن قدامة «لا يخلو بيع الشجرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام ... القسم الثاني: أن يبيعهما بشرط القطع في الحال فيصح بالاجماع ... ولا يجوز بيع الزرع الأخضر في الأرض إلا بشرط القطع في الحال كما ذكرنا في الشجرة على الأصول» المغنى ج٤ ص ٢١٩، ٢٢٠، والشرح الكبير ج٤ ص ٢١٤، ٢١٥، ٢١٦، وفي الررض المربع ج٢ ص ١٣٠، ١٣١ «ولاتباع رطبة ونقل ولاقتناء ونحوه كباذلجان دون الأصل أي منفردة عن أصولها ... إلا إذا باع الشجرة قبل بدو صلاحها أو الزرع قبل اشتداد حبه بشرط القطع في الحال فيصح إن انتفع بهما». وانظر. شرح الزركشي ج٣ ص ٤٩٤، ٤٩٦، أعلام الموقعين ج٢ ص ٢٨، ونقله الشاشي في حلية العلماء ج٢ ص ٥٥٠، والشوكاني في نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٠، والحافظ في فتح الباري ج٤ ص ٤٦١ وغيرهم.

(٢) ومذهب مالك نقله الشاشي في حلية العلماء السابق. وفي كتب المالكية جاء في بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٦ «بيع الثمار قبل الزهو بشرط القطع. فأما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف في جوازه إلا ما روي عن الشوري وابن أبي ليلى من منع ذلك وهي رواية ضعيفة» وقد سبق قولهما في القائلين بالمنع مطلقا قبل بدو الصلاح - وذلك في الاتجاه الذي لم يفصل ص ٩٣. وفي القوانين ص ٢٢٤، ٢٢٥ «الفصل الأول: في بيعها دون أصولها. ولا يجوز بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ويستوى في ذلك العنب والتمر وجميع الفواكه، والمقاني والحضروات، وجميع البقول والزرع ... وإنما يجوز بيع (=)

الاباضية^(١) وهو أيضا قول الحنفية باتفاق في المنتفع به ، وفي غير المنتفع به على أصح الروايتين كما هو عبارة بعضهم كالباهرتي في شرح العناية ، والمرغباني في الهداية ، أو على ظاهر الرواية كما عبر به البعض كالكاساني^(٢) . وحكى في البحر الجواز بشرط القطع عن المؤبد بالله ،

(=) الثمار قبل أن يبدو صلاحها على شرط القطع إن كانت مما ينتفع به كالقصيل وغيره ...
 فإن اشتراها قبل بدو الصلاح على شرط القطع ثم أبقاها أنفسخ البيع . وانظر . كفاية الطالب وحاشية الصعدي ج ٢ ص ١٤٨ ، جواهر الاكلیل ج ٢ ص ٦٠ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوي ج ٤ ص ٣١٠ . ٣١١ ، شرح الحرشي وحاشية العدوي ج ٥ ص ١٨٤ ، ١٨٥ مجلد / ٣ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج ٢ ص ١٧٦ ، ١٧٧ .

(١) قال في النيل «جواز القطع» قال أطفيش «وإن كان بيعها بعد خلقها فبيعها قبل الزهو بشرط الإبقاء منع إجماعا من أصحابنا أيضا للنهي الوارد عن بيع الثمار قبل الزهو ، وهو مقيد بعد بذكر القطع . وجاز لقطع فيجبر على القطع إن لم يرز البائع بالإبقاء ... وقال الربيع : لاخير في بيع شيء من ذلك حتى يبلغ . يعني : لايجوز البيع على شرط الإبقاء . ولا البيع المطلق بلا ذكر قطع ولا إبقاء ، وذلك لأنه مصادم للنهي بخلاف ما إذا شرط القطع فإنه جائز» شرح النيل ج ٨ ص ١٠٩ وما بعدها . وانظر الإيضاح وحاشية أبي ستة ج ٥ ص ٥٩ ، ٦٠ ، الجامع لابن بركة ج ٢ ص ٣٢٧ ، وفيه «واتفق المنسبون إلى العلم أن من باع هذه الثمرة المنهى عن بيعها قبل أن تدرك على أن يقطعها المشتري فبيعه جائز» .

(٢) أقول: هناك بعض العبارات المذكورة في كتب الحنفية يفهم منها أن هناك رواية في المذهب بعدم جواز بيع الثمار والزرع مفردة قبل بدو الصلاح حتى ولو شرط القطع . لكن الذي فهمته من مجموع النصوص أن الخلاف إنما هو في شرط الانتفاع فظاهر الرواية لا يعتبره ، وخلاف ظاهر الرواية يعتبره وهو لعامة المشايخ فمثلا جاء في البدائع ج ٥ ص ١٧٣ «فإن كان لم يبد صلاحه قباع بشرط القطع جاز وعلى المشتري أن يقطع للحال وليس له أن يتحرك من غير إذن البائع ومن مشايخنا من قال: لايجوز بيعه قبل بدو صلاحه وهو خلاف ظاهر الرواية» وفي الهداية ج ٥ ص ٤٨٩ «ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد بدا جاز البيع ... وقد قيل: لايجوز قبل أن يبدو صلاحها ، والأول أصح» . ومن النصوص الدالة على أن الخلاف في الانتفاع ما في البدائع ج ٥ ص ١٣٨ ، ١٣٩ «وإن كان بعد الطلوع جاز وإن كان قبل بدو صلاحها إذا لم يشترط الترك . ومن مشايخنا من قال: لايجوز إلا إذا صار به حال ينتفع به بوجه من الوجوه ، فإن كان بحيث لاينتفع به أصلا لاينعقد» ، ويحمل ابن الهمام مذهبه فيقول «لاخلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ، ولا في عدم جوازه بعد الظهور وقبل بدو الصلاح بشرط الترك ، ولا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ، ولا في الجواز بعد بدو الصلاح» ثم قال «والخلاف إنما هو في بيعها قبل بدو الصلاح ... وعندنا إن كان به حال (=)

وحكاه عن الامام يحيى (١).

واشتراط القطع فى الشمار إما يكون فى بيع ثمار الشجرة الثابتة الرطبة. فان كانت الشجرة مقطوعة أو مقلوعة أو جافة وعليها ثمر ثم بيع

(=) لا ينتفع به فى الأكل ولا فى علف الدواب خلاف بين المشايخ. قيل: لا يجوز ونسبه قاضىخان لعامة مشايخنا. والصحيح أنه يجوز ... وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب إذا باع بشرط القطع أو مطلقا ويجب قطعه على المشتري فى الحال، شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٨٨ ، ٤٨٩ ، ومن النصوص التى تجمع بين الثمر والزرع ما فى الاختيار ج ٢ ص ٦ « ويجوز بيع الثمرة قبل صلاحها ويجب قطعها فى الحال ... وكذا الزرع فى الأرض » وفى البدائع ج ٥ ص ١٧٣ « وأما بيع الثمر على الشجر بعد ظهوره ، وبيع الزرع فى الأرض ... فان كان لم يبد صلاحه فباع بشرط القطع جاز » وفى تبين الحقائق ج ٥ ص ١٢ « ومن باع ثمرة بدا صلاحها أو لا ، صح ... وقيل: لا يجوز قبل أن يصير منتفعا به ، والأول أصح ، وعلى هذا الخلاف فى بيع الزرع قبل أن تتناوله المشافر والمناجل » وفى الدر المختار ج ٤ ص ٣٩ « لا يصح بيع الزرع قبل صيرورته بطلا لأنه ليس ينتفع به وتابع للأرض فيكون كالوصف فلا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده » . ويقول ابن الهمام فى حاصل مذهبه فى بيع مالم يبدو صلاحه « والحاصل أن بيع مالم يبدو صلاحه إما بشرط القطع وهو جائز إتفاقا ، لأنه غير متناول للنهي لما ذكرنا ، وإما مطلقا فإذا كان حكم لزوم القطع كان بمثله بشرط القطع فلم يبق محل للنهي إلا بيعها بشرط الترك ونحن قائلون بأنه فاسد » شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٢ ، انظر فى مذهب الحنفية أيضا لمزيد من النصوص. الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٩ ، ٤٠ ، تبين الحقائق وحاشية الشلبى ج ٤ ص ١١ ، ١٢ ، شرح العناية ج ٥ ص ٤٨٨ ، ٤٨٩ ، الهداية ج ٥ ص ٤٨٧ ، ٤٨٨ ، ٤٨٩ ، مجمع الأنهر والدر المنتقى ج ٢ ص ١٦ ، ١٧ ، شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٨٨ ، ٤٨٩ ، ٤٩٢ ، شرح الكفاية على الهداية ج ٥ ص ٤٨٨ ، ٤٨٩ ، الاختيار ج ٢ ص ٦ ، ٧ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٨ ، ١٣٩ ، ١٧٣ ، ومذهب أبى حنيفة نقله المتولى فى تمة الابانة ج ٤ ورقة ١٦٣ « بيع الثمار قبل بدو الصلاح بشرط القطع جائز عندنا وعند أبى حنيفة » وانظره فى الشامل ص ٢٨٥ ، وسبل السلام ج ٣ ص ٤٦ ، ونيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٠ ، وفتح الباري ج ٤ ص ٤٦٣ .

(١) فى نيل الأوطار ج ٦ ص ٦٠ « أنه إذا شرط القطع لم يبطل ولا بطل وهو قول الشافعى وأحمد ورواية عن مالك ، ونسبه الحافظ إلى الجمهور ، وحكاه فى البحر عن المزيّد بالله ... وحكى أيضا عن الامام يحيى أنه خص جواز البيع بشرط القطع الاجماع ، وحكى عنه أيضا أنه يصح البيع بشرط القطع إجماعا » .

هذا الثمر فان البيع صحيح بلا شرط القطع. يقول المتولى «فرع: لو قطع شجرة ثم باع ثمرتها مطلقا صح لأن الثمرة لا تبقى على الشجرة المقطوعة فيصير كما لو اشترط القطع»^(١)، ويقول النووي «قلت: لو قطع شجرة عليها ثمرة ثم باع الثمرة وهي عليها جاز من غير شرط القطع لأن الثمرة لا تبقى عليها. فيصير كشرط القطع»^(٢). وفي شرح المحلى «لو قطع شجرة عليها ثمرة ثم باع الثمرة وهي عليها جاز من غير شرط القطع لأن الثمرة لا تبقى عليها فيصير كشرط القطع» قال قليوبي: وكذا لو جفت فعدم الشرط لفساد الثمرة لوقيت لا للعادة^(٣) وفي شرح ابن قاسم «ولو قطعت شجرة عليها ثمرة جاز بيعها بلا شرط قطعها» قال الباجوري: غرض الشارح^(٤) بذلك تقييد كلام المصنف^(٥) بما إذا كانت الشجرة قائمة غير مقطوعة. «وقوله: جاز بيعها بلا شرط قطعها» وكذلك لو قلعت أو جفت لأن الثمرة لا تبقى عليها فنزل ذلك منزلة شرط القطع^(٦).

فلو غرسها البائع فنبتت قبل أن تقطع الثمرة فهل يكلف المشتري القطع لأن شرط القطع موجود حكما ، أو لا يكلف لعدم التصريح بشرط

(١) تنمة الابانة ج٤ ورقة ١٦٤.

(٢) روضة الطالبين ج٢ ص ٢١١.

(٣) شرح المحلى وحاشية قليوبي ج٢ ص ٢٣٤.

(٤) هو ابن قاسم على متن أبي شجاع.

(٥) هو أبو شجاع.

(٦) حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم ج١ ص ٣٥١ ، وفي الأسنى «ولا يشترط القطع» أي شرطه في بيع «ثمرة نخلة مقطوعة لأنها لا تبقى عليها فيصير كشرط القطع ، ولأنها لا تنمو» قال الرملى: أو جافة. أسنى المطالب وحاشية الرملى ج٢ ص ١٠٤ ، وفي التحفة «أما بيع ثمرة على شجرة مقطوعة دونها فيجوز من غير شرط قطع لأن الثمرة لا تبقى عليها فنزل ذلك منزلة شرط القطع ومثلها شجرة جافة عليها ثمرة بيعت دونها» تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦١ ، قال الشروانى: «قوله: فنزل ذلك ... الخ» يؤخذ منه جواز شرط القطع ويجب الوفاء به لتفريغ ملك البائع الشروانى وكذلك العبادى على التحفة السابق.

القطع؟. الأقرب الأول كما قاله الشبراملسي ، ومثله مالو كانت يابسة فاخضرت^(١) بينما ذهب الشرواني إلى القول بالبطلان في الجافة . قال «وأما لو كانت جافة وباع الثمرة التي عليها من غير شرط قطع ثم حلتها الحياة فالأقرب أنه يتبين به بطلان البيع من أصله لأنه بناء على ظن موتها فتبين خطؤه»^(٢).

الألة على صحة بيع الثمار والزروع مفردة قبل بدو الصلاح بشرط القطع:

أقول: لما كان الأصل عند أصحاب هذا الاتجاه عدم جواز بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح. استدلوا بأحاديث الباب على عدم الجواز والحرمة وعدم الصحة. ثم إنهم فهموا منها أن عدم الجواز إنما كان سببه خوف العاهة والآفة إذ الغالب فيها وقوعها قبل بدو الصلاح . فإذا كان البيع على شرط القطع زال هذا السبب الموقع للنزاع بين المتبايعين فكان البيع جائزا. إذا اتضح ذلك فإن الاستدلال لهم بمحورين لا ينفك أحدهما عن الآخر.

المحور الأول: أحاديث النهي المروية في الصحيحين وفي غيرها عن عبد الله بن عمر ، وأنس بن مالك ، وجابر بن عبد ، وعائشة ، وابن عباس ، وأبي سعيد وغيرهم أنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها. نهى البائع والمبتاع» متفق عليه. وعن ابن عمر أيضا عند

(١) حاشية الباجوري ج١ ص ٣٥١ ، وانظره في قليوبي ج٢ ص ٢٣٤ وذكره الشرواني «والأقرب أن الأمر كذلك لو كانت الشجرة مقطوعة وأعادها البائع أو غيره وحلتها الحياة فيكلف المشتري القطع لأن شراء الثمرة وهي مقلوعة ينزل منزلة شرط القطع» حاشية الشرواني ج٤ ص ٤٦١ ، وفي قليوبي ج٢ ص ٢٣٤ «فعدم الشرط لفساد الثمرة لو بقيت لا للعادة ، ولذلك يكلف القطع إن أعيدت الشجرة وبقيت لتوجه المطالبة عليه. ويؤخذ من هذا أنه لو أعيد الشجر في المسألة السابقة - وهي بيع الثمار والزروع مع الأصل - للبائع بنحو إقالة لم يطالب المشتري بالقطع لعدم توجه المطالبة عليه وإليه مال شيخنا».

(٢) الشرواني على تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦١.

مسلم «نهى عن بيع النخل حتى يزهر ، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة نهى البائع والمشتري»^(١) يقول الترمذي: وفى الباب عن أنس ، وعائشة ، وأبى هريرة ، وابن عباس ، وجابر ، وأبى سعيد ، وزيد بن ثابت. قال أبو سعيد: حديث ابن عمر حديث حسن صحيح. والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبى - ﷺ - وغيرهم كرهوا بيع الثمار قبل أن يبدؤ صلاحها وهو قول الشافعي وأحمد وإسحاق^(٢). ويقول الصنعاني فى وجه الدلالة من حديث ابن عمر «والحديث دليل على النهي عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح»^(٣).

قال العلماء: وقع النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحه على البائع لئلا يأكل مال أخيه بالباطل ، وعن شرانها على المشتري لئلا يضيع ماله ويساعد البائع على الباطل. وفيه قطع النزاع والتخاصم^(٤).

ويقول الماوردي بعد ذكره لعدة أحاديث من أحاديث النهي «فهذه خمسة أحاديث تمنع من بيع الثمار قبل بدو صلاحها وألفاظها وإن كانت مختلفة فمعانيها متفقة»^(٥). والنهي يقتضى الفساد شرعا. قال الخرشي:

-
- (١) راجع هذا وغيره فى النص الحاكم، ص ٧٤ وما بعدها.
 (٢) سنن الترمذي ج٢ ص ١٣ ، باب ما جاء فى كراهية بيع الثمار قبل أن يبدؤ صلاحها.
 (٣) سبل السلام ج٢ ص ٤٦.
 (٤) فتح الباري ج٤ ص ٤٦٢ ، شرح مسلم للنووي ج١٠ ص ١٨٣ ، سبل السلام ج٢ ص ٤٦ ، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٥٩ ، شرح النيل ج٨ ص ١١٣ ، حاشية العنقري على الروض المربع ج٢ ص ١٣٢ ، وقد سبق نحو هذا فى أدلة المانعين للبيع مطلقا قبل بدو الصلاح، ص ٩٣ وما بعدها.
 (٥) الجاوي الكبير ج٦ ص ٢٢٨ ، وانظر نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٠ ، فتح الباري ج٤ ص ٤٦٤ ، نتائج الأقوال ج٤ ص ٤٦٤ ، سبل السلام ج٢ ص ٤٦ ، المنتقى ج٤ ص ٢٤٨ ، المحلى ج٧ ص ٣٣٧ ، ٣٣٨ مسألة ١٤٥٢ ، وقد سبق هذا فى أدلة المانعين للبيع مطلقا قبل بدو الصلاح. وانظر شرح الزركشي ج٢ ص ٤٩٣ ، المغنى ج٤ ص ٢١٩ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢١٥ ، ٢١٦ ، شرح المحلى وقلبي ج٢ ص ٢٣٣ ، المهذب ج١ ص ٢٨١ ، كشف القناع ج٢ ص ٢٨١ ، ٢٨٢.

إلا لدليل شرعي يدل على صحة المنهي عنه فلا فساد، ويكون حينئذ مخصصا لهذه القاعدة^(١)، وأيضا فإنه قبل بدو الصلاح يكون البيع بصدد الغرر^(٢) لأن العاهة تسرع إليه حينئذ لضعفه فيفوت بتلفه الثمن من غير مقابل^(٣).

وفى قواعد الأحكام: ولأجل قاعدة اعتبار الرضا نهى الشرع عن بيع الغرر إلى ما يشق الاحتراز منه مشقة عظيمة، وإلى ما لا يشق الاحتراز منه إلا مشتقة خفيفة، وإلى ما بين الربتين من المشاق عفا الشرع عن بيع ما اشتدت مشقته ... وأما ما خفت مشقته: كبيع عبد من عبدين، وثوب من ثوبين، وكبيع الثمار قبل بدو صلاحها فهذا لا يصح العقد معه إذ لا يعسر اجتنابه ... وربما وقع الغرر في سلامة المبيع كبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها وله علتان: إحداهما: أنه لاثقة بسلامته لكثرة الجوانح. والثانية: اغتداؤه من ملك البائع بما يمتصه ويجتذبه من شجراته إلى أن يبدو صلاحه.

فان قيل: فلم جاز بيعه بعد بدو صلاحه مع أنه يمتد بما يمسه من ملك البائع إلى أوان جذاذه؟ قلنا: هذا نذر يسير بالنسبة إلى ما قبل بدو الصلاح

(١) الروض المربع ج٢ ص ١٣٠، بدائع الصنائع ج٥ ص ١٦٨، ١٧٥، ١٧٦، شرح المحرشي ج٥ ص ٦٧، ٦٨، ٦٩ مجلد ٣، شرح الزركشي ج٢ ص ٦٣٥، كشاف القناع ج٢ ص ٢٥٨، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج٢ ص ٥٤، ٥٥، المغني ج٤ ص ٢١٨، الشرح الكبير ج٤ ص ٢١٤، أسنى المطالب وحاشية الرملي ج٢ ص ٣٠ وما بعدها، روضة الطالبين ج٢ ص ٤٧ وما بعدها، ص ٥٧ وما بعدها، شرح جلال المحلى وحاشية قليوبي ج٢ ص ١٧٥ وما بعدها، ص ١٨٢ وما بعدها، تحفة المحتاج والشرواني والعبادي ج٤ ص ٢٩١ وما بعدها، ص ٣٠٨ وما بعدها، شرح النبل ج٨ ص ٩٥ وما بعدها، الجامع لابن يركوة ج٢ ص ٣٢٤، الإيضاح ج٥ ص ٨٨ وما بعدها، الفروق وإدراك الشروق ج٢ ص ٨٢، ٨٣، تهذيب الفروق ج٢ ص ٩٧، الاختيار ج٢ ص ٢٨، ٢٩، الهداية وشروحها ج٦ ص ٤٤، ٤٥، وشرح العناية ج٦ ص ١٠٦، تعيين الحقائق وحاشية الشلبي ج٤ ص ٤٤، شرح فتح القدير ج٦ ص ٤١، ولهذه القاعدة تفصيل في المذاهب الفقهية والأصولية ليس هنا مجالها.

(٢) شرح النبل ج٨ ص ١١٣.

(٣) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦١، وانظر البيان ص ١٤٤.

مع مسيس الحاجة إلى أكله وبيعه بعد بدو صلاحه ، ولو لم يجز ذلك لتعذر على الناس أكل الثمار الرطبة وذلك ضرر عام لم ترد الشريعة بمثله^(١).

أقول: فبيع الثمار قبل بدو صلاحها منهي عنه لأنه لا يعسر اجتنابه.

المحور الثاني: صرف النهي عن ظاهره إذا كان البيع للثمار والزروع مفردة عن أصولها قبل بدو الصلاح بشرط القطع.

قالوا: إن عموم النهي في الأحاديث قد خص منه جواز البيع بشرط القطع الاجماع لزوال علة النهي في حالة مالو كان البيع على شرط القطع.

يقول النووي «فان باع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع صح بالاجماع» ويقول «وأما إذا اشترط القطع فقد انتفى هذا الضرر ، وإنما صححناه بشرط القطع للاجماع ، فخصصنا الأحاديث بالاجماع فيما إذا شرط القطع»^(٢).

ويقول الشوكاني «وقد حكى صاحب البحر أيضا عن الامام يحيى أنه خص جواز البيع بشرط القطع الاجماع ، وحكى عنه أيضا أنه يصح البيع بشرط القطع اجماعا»^(٣).

ويقول ابن قدامة: القسم الثاني: أن يبيعها بشرط القطع في الحال فيصح بالاجماع. لأن المنع إنما كان خوفا من تلف الثمرة وحدوث العاهة عليها قبل أخذها بدليل ما روى أنس رضي الله عنه أن النبي - ﷺ - «نهى عن بيع الثمرة حتى تزهو ، قلنا لأنس: مازهوها؟ قال: حتى تحمر وتصفّر. قال: رأيت إن منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه» وفي رواية «قال

(١) قواعد الأحكام ج ٢ ص ٣١٨ ، ٣١٩ المثال الثاني مما خالف القياس في المعاوضات وغيرها من التصرفات.

(٢) شرح مسلم للنووي ج ١٠ ص ١٨١.

(٣) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٠.

النبي - ﷺ -: إن لم يثمرها الله فبم تستحل مال أخيك « متفق عليه (١) ».

قال ابن قدامة: وهذا مأمون فيما يقطع فصيح بيعه كما لو بدا صلاحه (٢).

ويذكر البهوتي أنه لا يصح بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لحديث ابن عمر في النهي عن ذلك والنهي يقتضى الفساد ، ولا يصح بيع الزرع قبل اشتداد حبه لحديث ابن عمر « نهى عن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة » وحديث أنس مرفوعا « أنه نهى عن بيع الحب حتى يشتد » (٣) ثم قال « إلا إذا باع الثمرة قبل بدو صلاحها والزرع قبل اشتداد حبه بشرط القطع في الحال فيصح. قال في المغنى: بالاجماع لأن المنع كان خوفا من تلف الثمرة وحدث العاهة عليها بدليل ما روى أنس ... » (٤).

ويقول ابن قدامة أيضا أنه لا يجوز بيع الزرع الأخضر في الأرض إلا بشرط القطع في الحال كما ذكرنا في الثمرة على الأصول لما روى مسلم عن ابن عمر أن النبي - ﷺ - « نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة. نهى البائع والمشتري » ، ثم قال « قال ابن المنذر: لا أعلم أحدا يعدل عن القول به ، وهو قول مالك وأهل المدينة ، وأهل البصرة ، وأصحاب الحديث ، وأصحاب الرأي » (٥).

وفي الأسنى « وأما بيعه قبل بدو الصلاح فلا يجوز لما مر ، إلا في منتفع به بشرط القطع منجزا فيجوز بالاجماع المخصص للخبر السابق » (٦).

(١) انظره لأنس بالنص الحاكم حديث رقم (٣). وكذلك لجابر حديث رقم (٤) ص ٧٧ وما بعدها.

(٢) المغنى ج ٤ ص ٢١٩ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٢١٥ ، ٢١٦.

(٣) سبق في النص الحاكم، ص ٧٤ وما بعدها.

(٤) كشف القناع ج ٣ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ ، وانظر الروض المربع ج ٢ ص ١٣١.

(٥) المغنى ج ٤ ص ٢٢٠ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٢١٤.

(٦) أسنى المطالب ج ٢ ص ١٠٤.

وفى شرح المحلى «وقبل الصلاح إن بيع منفردا عن الشجر لا يجوز البيع^(١) للحدث المذكور إلا بشرط القطع فيجوز إجماعا» قال قليوبي: إجماعا فهو مخصص لعموم المنع فى مفهوم الحديث السابق وفارق ما بعد بدو الصلاح لأمن العاهة فيه غالبا بخلاف ما قبله^(٢).

وفى التحفة «ان بيع» الثمر الذي لم يبدو صلاحه وإن بدا صلاح غيره المتحد معه نوعا ومحلا «منفردا عن الشجر» وهو على شجرة ثابتة «لا يجوز»^(٣) البيع لأن العاهة تسرع إليه حينئذ لضعفه فينفوت بتلفه الثمن من غير مقابل «إلا بشرط القطع» لكل حالا للخبر المذكور فإنه يدل بمنطوقه على المنع مطلقا . خرج المبيع المشروط فيه القطع بالاجماع فبقى ماعداه على الأصل.

قال الشروانى: «قوله: لأن العاهة» بيان للحكمة ويشعر بها قوله - ﷺ - «أرأيت ان منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه»، وقوله «بالاجماع» أي إجماع الأئمة^(٤).

وفى البيان بعد ذكره لأحاديث النهي قال «وعموم هذا يدل على أنه لا يجوز بشرط القطع ولا بغيره ، فقامت الدلالة على جواز البيع بشرط القطع وهو الاجماع ، وبقي الباقي على عموم الخبر»^(٥).

أقول: بعض الفقهاء أطلق فى الاجماع المخصص لعموم النهي ، والبعض كالشروانى الشافعى قيده باجماع «الأئمة». وهناك من قال بأنه قول

(١) لا يجوز البيع أي لا يصح ، قليوبي وعميرة ج٢ ص ٢٣٣.

(٢) شرح المحلى وقليوبي ج٢ ص ٢٣٣.

(٣) أي لا يصح ويحرم ، الشروانى ج٤ ص ٤٦١.

(٤) تحفة المحتاج وحاشية الشروانى ج٤ ص ٤٦١ . حاشية الباجوري ج١ ص ٣٥٠.

(٥) البيان ص ١٤٤ ، ١٤٥ ، وانظر الشامل ص ٢٨٥ ، ٢٨٦ . «جواز البيع بشرط القطع بالاجماع».

العامّة كالزركشي من الحنابلة ، بل هناك من قال: أن المخصص هو الاتفاق كأبي ستة من الإباضية . والزركشي الحنبلي قال في موطن آخر: بما هو كالأجماع.

يقول الزركشي « أن يشتريها بشرط القطع في الحال فيجوز في قول العامّة لأن المفسدة التي علل بها صاحب الشريعة وهو منع الله الثمرة واستحلال مال أخيه بغير شيء ، وهنا الأخذ في الحال فالاستحلال بما أخذ في الحال» (١).

وقال أبو ستة «ظاهر الحديث يقتضي منع إيقاع البيع على الثمرة مطلقا مالم يبدو صلاحها لكن وقع الاتفاق على التخصيص بقيد شرط القطع ، لأن المفهوم من قوله عليه السلام: أرايت ان منع الله الثمرة ... الحديث. على أن هناك ثمرة ترجى في المستقبل فلو قصد الحاضر فقط جاز» (٢).

ويقول الزركشي «لعموم نهيه - ﷺ - عن بيع الثمرة حتى تزهر ، خرج منه صورة اشتراط القطع وفعله عقب العقد بما هو كالأجماع فيبقى فيما عداه على مقتضى النهي» (٣).

أقول: وتعبير الزركشي «بما هو كالأجماع» أقرب إلى الصواب لأن دعوى الاجماع هنا غير مسلمة كما سيأتى.

وكما تقدم في عبارات أصحاب هذا الاتجاه فان معقول الشريعة يقضى بجواز البيع بشرط القطع ، وفي ذلك يقول الامام الشافعي رضي الله عنه: أخبرنا مالك عن حميد عن أنس أن رسول الله - ﷺ - «نهى عن بيع الثمار

(١) شرح الزركشي ج ٢ ص ٤٩٤.

(٢) حاشية أبي ستة على الإيضاح ج ٥ ص ٦٠.

(٣) شرح الزركشي ج ٢ ص ٤٩٧.

حتى تزهي . قيل: يا رسول الله وماتزهي؟ قال: حتى تحمر» وروى عنه - عليه السلام - ابن عمر «حتى يبدو صلاحها» وروى غيره «حتى تنجو من العاهة». قال الشافعي: فبهذا نأخذ. وفي قوله - عليه السلام - «إذا منع الله عز وجل الشجرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه؟» دلالة على أنه إنما نهى - عليه السلام - عن بيع الشجرة التي تترك حتى تبلغ غاية إبانها لا أنه نهى عما يقطع منها ، لا آفة تأتي عليه تمنعه ما يترك مدة يكون في مثلها الآفة كالبلع وكل ما دون البسر يحل بيعه على أن يقطع مكانه^(١).

وفي تنمة الابانة «بيع الثمار قبل بدو الصلاح بشرط القطع جائز عندنا وعند أبي حنيفة . والعلة فيه أن النهى عن بيعها بشرط التبقية لخوف الآفة وبشرط القطع زال خوف الآفة»^(٢).

وفي الحاوي «أن تباع بشرط القطع فالبيع جائز لأنه لا منع من بيعها لأن تنجو من العاهة ، وأن لا تعطب فيأخذ الرجل ملك أخيه ، وكأن اشتراط قطعها يؤمن معه عطبها وحدث العاهة بها صح البيع»^(٣).

ويقول الشيرازي «ولا يجوز بيع الثمار والزروع قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع» ثم يستدل بأحاديث النهى ثم يقول «وإباحها بشرط القطع جاز لأنه يأخذه قبل أن يتلف فيأمن الغرر»^(٤).

ويقول ابن الصباغ «فإن كان الزرع لم يسنبل أو سنبل ولكنه لم يشتد فيه الحب ... إذا أفرد بالعقد وجب شرط القطع ليزول الغرر فيه حيث كان مقصود العقد»^(٥).

(١) مختصر المزني ج ٨ ص ١١٧.

(٢) تنمة الابانة ج ٤ ورقة ١٦٣ وانظر الشامل ص ٢٨٥ ، ٢٨٦.

(٣) الحاوي الكبير ج ٦ ص ٢٢٨ ، ٢٢٩.

(٤) المهذب ج ١ ص ٢٨١.

(٥) الشامل ص ٢٧٥.

ويقول المتولى «إذا باع الزرع قل أن يستنبل من غير مالك الأرض فالبيع جائز بشرط القطع... اعتبارا بالشمار قبل بدو صلاحها ، ووجه الشبه أن الزرع فرع الأرض ولا يدوم كالشجرة سواء» (١).

ويقول ابن بركة الاباضي «وانفق المنسبون إلى العلم أن من باع هذه الشجرة المنهى عن بيعها قبل أن تدرك على أن يقطعها المشتري فبيعه جائز. والدليل على جواز ذلك قول النبي - ﷺ - فعقب نهيه عن بيع الشمار قبل أن يبدو صلاحها «أرأيت أن منع الله الشجرة فيما يأخذ أحدكم مال أخيه؟» فدل على أن النهي الواقع من أجل الغرر ، ولا غرر في بيع البلح على أن يقطع من وقته» (٢). ولأن المبيع إنما ينقل على حسب العادة ولهذا لو اشترى بالليل متاعا لم يكلف نقله حتى يصبح والعادة في الشمار تركها إلى أوان الجداد. فإذا باعها قبل الصلاح لم يأمن من أن يصيبها عاهة فتتلف وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز . فان باعها بشرط القطع جاز لأنه يأخذه قبل أن يتلف فيأمن الغرر» (٣).

هكذا نرى أن النهي إنما هو لأجل الغرر ، وهذه العلة تزول في حالة البيع بشرط القطع في الحال فجاز.

معارضة الجمهور فيما ذهب إليه :

هذا وقد عارض الجمهور من الشوكاني ، وابن حزم الظاهري.

أما الشوكاني فقد عارض الإجماع حيث يقول في مذهب الجمهور

(١) تنمية الابانة ج٤ ورقة ١٦٧.

(٢) الجامع لابن بركة ج٢ ص ٣٢٧ ، ٣٢٨ ، وانظر شرح النيل ج٨ ص ١١٠ ، والايضاح ج٥ ص ٦٠ ، وانظر للمالكية الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج٢ ص ١٧٦ ، كفاية الطالب وحاشية العدوي ج٢ ص ١٤٨.

(٣) المذهب ج١ ص ٢٨١ ، البيان ص ١٤٥ ، الشامل ص ٢٨٥ ، ٢٨٦ ، شرح الزركشي ج٢ ص ٤٩٤.

« ... الثانى: أنه إذا شرط القطع لم يبطل وإلا يبطل وهو قول الشافعى وأحمد ورواية عن مالك ونسبه الحافظ إلى الجمهور ، وحكاة فى البحر عن المؤيد بالله ... وحكى أيضا عن الامام يحيى أنه خص جواز البيع بشرط القطع الاجماع ، وحكى عنه أيضا أنه يصح البيع بشرط القطع اجماعا ، ثم قال الشوكانى عقب هذا مباشرة « ولا يخفى ما فى دعوى بعض هذه الاجماع من المجازفة »^(١) .

وأقول: وقد خالف الجمهور كل من قال بعدم صحة بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح فى كل حال كإبن أبى ليلى والثورى وإن كان إبن رشد قد ضعف هذه الرواية عنهما .

وأيضا الهادى والقاسم ، وإبن حزم الظاهري^(٢) . ومن ثم فأنى أختار التعبير بما قاله الزركشى « لما هو كالاجماع » أو تعبير الشروانى « اجماع الأئمة » كما تقدم .

ثم إن الشوكانى عارض الجمهور ورجع القول بالمنع ولو بشرط القطع فقال عند عرضه للأقوال فى المسألة عقيب أحاديث الباب « واعلم أن ظاهر أحاديث الباب وغيرها المنع من بيع الثمرة قبل الصلاح وأن وقوعه فى تلك الحالة باطل كما هو مقتضى النهى ، ومن ادعى أن مجرد شرط القطع يصح البيع قبل الصلاح فهو محتاج إلى دليل يصلح لتقييد أحاديث النهى . ودعوى الاجماع على ذلك لاصحة لها لما عرفت من أن أهل القول الأول يقولون بالبطلان مطلقا^(٣) وقد عول المجوزون مع شرط القطع فى الجواز على علل مستنبطة فجعلوها مقيدة للنهى ، وذلك مما لا يفيد عن لم

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٠ .

(٢) راجع قولهم فى القائلين بالمنع مطلقا قبل بدو الصلاح ، ص ٩٣ وما بعدها .

(٣) يعنى بأهل القول الأول حسب ترتيبه فى أقوال الفقهاء فى المسألة ، وهم إبن ليلى والثورى ، والهادى والقاسم .

يسمح بمفارقة النصوص لمجرد خيالات عارضة وشبه واهية تنهار بأيسر تشكيك فالحق ما قاله الأولون^(١) من عدم الجوزا مطلقا^(٢).

أما ابن حزم فيقول «وقاس الشافعيون والمالكيون سائر الثمار على النخل^(٣) وأجازوا هم والحنفيون: بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وقبل أن تزهر على القطع أو مع الأصول^(٤)، وهذا خلاف نهى رسول الله - ﷺ - وإباحة ما حرم ، وما عجز عليه السلام قط عن أن يقول: إلا على القطع أو مع الأصول، وما قاله عليه السلام قط فهو شرع لم يأذن به الله تعالى»^(٥).

(١) أي ابن أبي ليلى ومن معه.

(٢) نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٠ ، ٢٦١ . أما رأيه في الزرع الأخضر ، وهو الذي يقال له القصيل فهو كإبن حزم في التفرقة بين حالين للقصيل: الحال الأولى: إن كان قد سنبل فلا يجوز بيعه قبل اشتداد حبه ، وهذا يتفق مع إبن حزم الظاهري.

الحالة الثانية: قبل أن يظهر فيه الحب والسنابل ، فهذا لا يجوز بيعه إن صدق على بيعه حينئذ أنه المخاضرة كما قال البعض ، أو أنه المحاكلة كما عند البعض: أنها بيع الزرع قبل أن تغلظ سوقه . وفي هذا خالف إبن حزم الظاهري . فإن لم يصح هذا ولا ذلك فالظاهر عنده ما ذهب إليه إبن حزم من جواز البيع بشرط القطع أو بدونه.

يقول الشوكاني «وأما بيع الزرع الأخضر وهو الذي يقال له: القصيل ... والحاصل أن الذي في الأحاديث النهي عن بيع الزرع حتى يشتد ، وعن بيع السنبل حتى يبيض ، فما كان من الزرع قد سنبل أو ظهر فيه الحب كان بيعه قبل اشتداد حبه غير جائز ، وأما قبل أن يظهر فيه الحب والسنابل فإن صدق على بيعه حينئذ أنه المخاضرة كما قال البعض: أنها بيع الزرع قبل أن يشتد لم يصح بيعه لورود النهي عن المخاضرة كما في باب النهي عن بيع الغرر ، لأن التفسير المذكور صادق على الزرع الأخضر قبل أن يظهر فيه الحب والسنابل ، وهو الذي يقال له القصيل ، ولكن الذي في القاموس: أن المخاضرة بيع الثمار قبل بدو صلاحها وكذا في كثير من شروح الحديث فلا يتناول الزرع لأن الثمار حمل الشجر كما في القاموس . وسيأتي في تفسير المحاكلة عند البعض ما يرشد إلى أنها بيع الزرع قبل أن تغلظ سوقه ، فإن صح فذلك ، وإلا كان الظاهر ما قاله إبن حزم من جواز بيع القصيل مطلقا نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦١ . وسيأتي هذا كله عند التعرض لحكم بيع القصيل ومنه الرسم ونحوه مما يجز مرة بعد مرة «ما يشر بطونا» .

(٣) وقد تقدم مذهبه في النخل وفي غيره، ص ٩٦.

(٤) وقد تقدم مذهبه في البيع مع الأصول، ص ٩٦ . وسيأتي مذهب الجمهور.

(٥) المحلى ج٧ ص ٣٣٧ مسألة ١٤٥٢.

الرأى فى المسألة برمتها:

أقول: قد سبق أن فى بيع الثمار والزروع وهى على أصولها بعد ظهور الثمر والزروع اتجاهان. اتجاه لايفصل فى المسألة وأصحابه على ثلاثة أنحاء فمنهم من قال بعدم صحة بيع الثمار والزروع مطلقا قبل الصرام أي قبل القطع ، ومنهم من قال بصحة البيع قبل بدو الصلاح ولو بشرط التبقية، ومنهم من قال بعدم صحة البيع قبل بدو الصلاح ولو بشرط القطع وقد أوضحنا ضعف هذا كله من ناحية الدليل وضعف الرواية عن بعضهم.

أما الاتجاه الثانى ففيه تفصيل وهو للأئمة الأربعة ومن وافقهم من أهل المذاهب الأخرى. وهؤلاء اتفقوا على فساد البيع بشرط التبقية^(١) واتفقوا على جوازه بشرط القطع^(٢)، واختلفوا فى حالة الاطلاق فى العقد فأجازته الحنفية ومن وافقهم حملا للاطلاق على القطع فى الحال ، ومنعه الأئمة الثلاثة ومن وافقهم حملا للاطلاق على التبقية والراجع من وجهة النظر هو ما ذهب إليه الأئمة الأربعة ومن وافقهم من القول بالتفصيل. ثم فى حالة الاطلاق يترجع فى نظرنا قول الأئمة الثلاثة وقد أوضحنا وجهة النظر فى الترجيح عند بحثنا لهذه الحالة فى موطن سابق.

وأما فى حالة اشتراط القطع فانه يترجع فى نظرنا ما ذهب إليه الأئمة الأربعة. ووجه الترجيح من جهة النظر ليس هو الاجماع المطعون فيه من المخالف. وإنما هو من جهة قوة الدليل ووضوح مأخذه ، واتفاق الكثرة عليه. فهو اتفاق الأئمة الأربعة وهم أهل النظر والاجتهاد والتحرى وتبعهم فى هذا الكثير من أهل العلم. فهؤلاء لم يتركوا ظاهر النص لمجرد خيالات كما يقول الشوكاني ، أو لاثبات حكم عجز عنه رسول الله - ﷺ - كما هو زعم ابن

(١) إلا فى قول للخمس من المالكية تخريجا على المذهب ولم أجد له دليلا بل ان البعض من المالكية أغفله وحكى الاجماع فى مذهبه على البطلان . راجع حالة التبقية، ص ١١٣.

(٢) أي فى الجملة فقد اختلفوا فى شرط الانتفاع بالمقطوع وسيأتى.

حزم. وإنما هم قد أخذوا بشرع الله وشرع رسول الله - ﷺ -. فهم يتمسكون بظاهر النص إن لم يكن معقول المعنى ، وأما ما هو معقول المعنى فالتمسك بظاهره تحكم يؤدي إلى الضيق والهرج وهما مرفوعان في شريعتنا . وقد أمرنا بالاعتبار قال تعالى ﴿ فاعتبروا يا أولى الأبصار ﴾ ^(١) . وهم في شرط القطع قد أخذوا بمعقول النص الذي أرشد إليه صاحب الشريعة صلوات ربي وسلامه عليه. فصاحب الشريعة ضمن كلامه في النهي: العلة التي كان من أجلها النهي ، ومفهوم من علم الأصول أنه إن زالت العلة زال الحكم ، فالحكم يدور مع علته وجودا وعدما. وفي حالة اشتراط القطع - كما بين الجمهور - لا غرر ، ولا أكل مال بالباطل ، ولا عاهة ، ومن ثم لا نزاع ولا مخاصمة ، فليس من المعقول حينئذ أن يبقى النهي كما هو بعد زوال علته.

وقد تكون معارضة ابن حزم مقبولة إذ هي مبنية على أصله وهو التمسك بظاهر النص وإبطال القياس. مع أن أصله هذا يوقعه في حيرة يلمسها الباحث عند طلب الحكم في مذهبه لبعض المسائل فيقع الباحث أيضا في حيرة عما يريد ويقصده في المسألة ، كالمسألة التي نحن بصددتها ^(٢) .

أما الامام الشوكاني فلا أدري لماذا تمسك هنا بظاهر النص ، ولماذا أطلق على مافهم هؤلاء الأفاذا واستنبطوه: أنه مجرد خيالات عارضة وشبه واهية تنهار بأيسر تشكيك؟! .

والحق أنه من الصعب انهيارها ، ومن ثم فالحق مع ما رجحناه والله أعلم.

(١) سورة الحشر جزء من الآية رقم: ٢.

(٢) راجع مذهب ابن حزم في القائلين بالمنع مطلقا قبل بدو الصلاح، ص ١٠٠ . وراجع له في هذه الحيرة « المزبنة والمحاكمة » في كتابه المحلى.

الفصل الثاني

شروط صحة البيع قبل بدو الصلاح بشرط القطع

إذا كان الجمهور قد ذهب إلى صحة البيع بشرط القطع فإنهم قد وضعوا شروطا بعضها متفق عليه ، وبعضها مختلف فيه ، وبعضها صرح به مذهب دون آخر. وهذه الشروط أمكن استنباطها من نصوصهم.

واليك البيان.

الشرط الأول: كون المبيع على القطع من الثمر والزرع منتفعا به في الحال:

وهذا الشرط مختلف فيه بين الفقهاء على قولين.

القول الأول: لا يشترط في المبيع على القطع من الثمر والزرع أن يكون منتفعا به في الحال.

وبه قال الحنفية في ظاهر الرواية كما هي عبارة البعض ، أو في أصح الروايتين كما هي عبارة البعض الآخر فمتى ظهرت الثمرة أو ظهر الزرع جاز بيعه على القطع أعنى بشرط القطع أو على الإطلاق^(١) ولو لم يكن منتفعا به في الحال^(٢). ومن قال بذلك الربيع من الاباضية ووافقه أطفيش ، وعلى

(١) فالحنفية أجازوا البيع على الإطلاق ويجبر المشتري على القطع كما تقدم عنهم.

(٢) بقول الكاساني «وإن كان بعد الطلوع جاز وإن كان قبل بدو صلاحهما إذا لم يشترط الترك ، ومن مشايخنا من قال: لا يجوز إلا إذا صار بحال ينتفع به بوجه من الوجوه ، فإن كان بحيث لا ينتفع به أصلا لا ينعقد» بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٢٨ ، ١٣٩ ، وفي شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٨٨ ، ٤٨٩ حاصل المذهب في بيع الثمار والزرع «لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ، ولا في عدم جوازه بعد الظهور وقبل بدو الصلاح بشرط الترك ، ولا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ، ولا في الجواز بعد بدو الصلاح» فهذه موطن الاتفاق في مذهب الحنفية ، ثم قال في موطن الخلاف «والخلاف إنما هو في بيعها قبل بدو الصلاح ... وعندنا إن كان بحال (=)

المشتري الوزر مع البائع والعالم بالنهي^(١).

القول الثاني: يشترط في انعقاد البيع وصحته أن يكون المبيع من الثمر والزرع منتفعا به في الحال على أي وجه من وجوه الانتفاع وبه قال مشايخ الحنفية خلافا لظاهر الرواية ونسجه قاضيه خان لعامة المشايخ ونسبه الباهرتي إلى شمس الأئمة السرخسي ، وشيخ الإسلام جواهر زادة^(٢) وهو

(١) لا ينتفع به في الأكل ولا في علف الدواب خلاف بين المشايخ قيل: لا يجوز ونسبه قاضيه خان لعامة مشايخنا ، والصحيح أنه يجوز ... وإن كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب إذا باع بشرط القطع أو مطلقا ويجب قطعه على المشتري في الحال ، شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٨٩.

وانظر: الدر المنتقى ومجمع الأنهر ج ٢ ص ١٧ . الاختيار ج ٢ ص ٦ ، ٧ ، تبين الحقائق وحاشية الشلبي ج ٤ ص ١١ ، ١٢ ، شرح العناية ج ٥ ص ٤٨٨ ، ٤٨٩ ، شرح الكفاية ج ٥ ص ٤٨٨ ، ٤٨٩ ، الهداية ج ٥ ص ٤٨٩ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٠ ، وبدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٣.

(١) «وقال الربيع: لاخير في بيع شيء من ذلك حتى يبلغ ، يعني: لايجوز البيع على شرط الإبقاء ، ولا البيع المطلق بلا ذكر قطع ولا إبقاء ، وذلك لأنه مصادم للنهي ، بخلاف ما إذا اشترط القطع فإنه جائز» هكذا أطلق الربيع في الجواز دون تقييد بشرط الانتفاع. والربيع هذا من شيوخ الأباضية يعتمدون رأيه أكثر من غيره. ثم يقول أطفيش «والتحقيق عندي صحة البيع ولو كان لاينتفع بها أو قائلوا عليها ، وعليه الوزر مع البائع العالم بذلك» شرح النيل ج ٨ ص ١١٢ ، وانظر: الإيضاح وحاشية أبي ستة ج ٥ ص ٦٠.

(٢) وقد سبق ظاهر الرواية في القول الأول. وأما خلاف ظاهر الرواية وهو قول عامة المشايخ. يقول الكاساني «وإن كان بعد الطلوع جاز وإن كان قبل بدو صلاحهما إذا لم يشترط الترك. ومن مشايخنا من قال: لايجوز إلا إذا صار بحال ينتفع به بوجه من الوجوه فإن كان بحيث لاينتفع به أصلا لاينعقد» بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٨ ، ١٣٩ وفي ص ١٧٣ «ومن مشايخنا من قال: لايجوز بيعه قبل بدو صلاحه وهو خلاف ظاهر الرواية على ما ذكرنا» وفي تبين الحقائق «بيع الثمر منفردا يجوز في الحالين - إذا كان له قيمة أو لقيمة له في الأصح» قال الشلبي «وقال في شرح الطحاوي: قال بعض مشايخنا: إنما يجوز بعد الطلوع إذا كان الثمر بحال ينتفع به بوجه من الوجوه ، وإن كان لاينتفع به بوجه من الوجوه فلا يجوز» قال الشلبي «هذا غير سديد لأن محمدا ذكر في كتاب الزكاة في باب العشر: لو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن الشراء جائزا حين يطلع لما وجب عشره على المشتري» تبين الحقائق وحاشية الشلبي ج ٤ ص ١١ ، وفي شرح العناية ج ٥ ص ٤٨٨ «وذكر شمس الأئمة (=)

أيضا قول سائر المذاهب القائلة بجواز البيع على شرط القطع. المالكية (١)

(=) السرخسي وشيخ الاسلام جواهر زادة أن البيع قبل أن ينتفع به لا يجوز» وفي شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٨٩ «...» وعندنا إن كان بحال لا ينتفع به في الأكل ولا في علف الدواب خلاف بين المشايخ ، قيل: لا يجوز ، ونسبه قاضيه خان لعامة مشايخنا والصحيح أنه يجوز» وانظر الاختيار ج ٢ ص ٦ ، ٧ ، حاشية ابن عابدين والدر المختار ج ٤ ص ٤٠ ، الدر المنتقى ومجمع الأنهر ج ٢ ص ١٦ ، ١٧ ، الهداية ج ٥ ص ٧٨٩ ، شرح الكفاية ج ٥ ص ٤٨٨ ، ٤٨٩ ، وفي مجمع الأنهر السابق ص ١٧ «وعلى ما في الخلاصة عن التجريد أن يكون منتفعا به».

(١) في القوانين ص ٢٢٥ «وإنما يجوز بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها على شرط القطع إن كانت مما ينتفع به كالقصيل وغيره ...» وفي كفاية الطالب ج ٢ ص ١٤٨ «أما إذا وقع بشرط الجداد في الحال أو قريبا منه فجائز بشروط ثلاثة. أن ينتفع به ، وأن تدعو إلى ذلك حاجة ، وأن لا يمتلا أهل ذلك الموضع أو أكثرهم على ذلك» قال الصعدي معلقا «أن ينتفع به كالحصرم فإنه يطبخ بخلاف غير المنتفع به كالكمثرى فإنها غير منتفع بها في هذه الحالة» قال: وهذا الشرط ليس خاصا بهذا بل كل بيع كذلك وإنما ذكره مع هذا لأنه خرج عن الأصل في أمور فاحتاج إلى شروط منها هذا فلذا ضمنه لها» حاشية الصعدي على كفاية الطالب السابق ، وفي الشرح الصغير ج ٤ ص ٣١١ «أو يبعه قبل يبدو صلاحه بشرط قطعه في الحال أو في مدة قريبة لا ينتقل فيها الثمر أو الزرع من طور لآخر فيجوز بشرطين أشار لهما بقوله: أن نفع ، أي إن كان ينتفع به لو قطع للأكل أو علف أو دوا- لا إن لم ينفع لفقد شرط صحة البيع ...» وفي حاشية الصاوي على الشرح السابق ص ٣١٠ «أو يبعث على الجذ بقرب إن نفع واحتيج له ولم يكثر ذلك بين الناس فإن تخلف شرط من هذه الثلاثة منع بيعه على الجذاذ كما يمنع على التبقية أو على الإطلاق» ، وفي الشرح الكبير «وصح بيع ثمر» بمثله من بلع ورمز وتين وعنب وغير ذلك «ونحوه» كقمح وشعير وفول وخس وكرات وجزر وفجل «بدا» أي ظهر «صلاحه» يبيس حب ، وبانتفاع بكخس وعصفر ... أ.هـ. قال الدسوقي «وحاصل ما ذكره المصنف أن الثمار أي الفواكه والحبوب والبقول لا يصح بيعها إلا إذا بدا صلاحها ، أو بيعت مع أصلها أو ألحقت بأصلها المبيع أو لا ، أو بيعت على الجذ بقرب إن نفع ، واحتيج له ، ولم يكثر ذلك بين الناس ، وإن تخلف شرط من هذه الثلاثة منع بيعه على الجذ» ثم قال معلقا على شرط الانتفاع «أنت خبير بأن المصنف قد جعل قوله «إن نفع» شرطا في الصحة ، وظاهر الشارح أنه شرط في الجواز . فتقول: إنما ذكر الشارح ذلك للإشارة إلى أنه شرط فيهما لأنه لا يلزم من كونه مشروطا في الصحة أن يكون بشرط في الجواز . قاله شيخنا . الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٧٦ ، وفي حاشية العدوي على شرح الخرش ج ٥ ص ١٨٥ مجلد ٣ / قوله: «إن نفع» كما هو الواقع عندنا بمصر تشتد رغبتهم في البلع الأخضر قبل احمراره واصفراره» وانظر جواهر الاكليل ج ٢ ص ٦٠.

والشافعية باتفاق فى سائر الثمار والزروع إلا فى البطيخ ففيه اشكال أثاره الأزرقى اذ أنهم أجازوا بيعه على شرط القطع قبل بدو الصلاح مع أنه لا تنفع فيه ذكره عميرة^(١) وشرط الانتفاع قال

(١) فى تتممة الابهانة ج٤ ورقة ١٦٣ «بيع الثمار قبل بدو الصلاح بشرط القطع جائز عندنا ... إلا أن هذا فى ثمرة لها منفعة قبل بدو الصلاح كالحصرم والبلع واللوز فى أول حال ظهوره كذلك والمشمش. أما مالا منفعة فيه قبل بدو الصلاح كالجوز والسفرجل والكمثرى فلا يصح العقد ...» وفى الروضة ج٣ ص ٢١٠ فى ذكر أحكام بيع الثمار مفردة «وإنما يجوز البيع بشرط القطع إذا كان المقطوع منتفعا به كالحصرم واللوز ونحوهما ، فأما مالا منفعة فيه كالجوز والكمثرى فلا يصح بيعه بشرط القطع أيضا» وانظر حاشية الباجورى وشرح ابن قاسم ج١ ص ٣٥٠ ، وشرح جلال المحلى وحاشية قليوبى وعميرة ج٢ ص ٢٣٣ ، وتحفة المحتاج وحاشية الشروانى ج٤ ص ٤٦٢ ، وفى الأسنى ج٢ ص ١٠٣ ، ١٠٤ : وأما بيعه قبل بدو الصلاح فلا يجوز «إلا فى منتفع به» كحصرم وبلع ولوز «بشرط القطع منجزا» ... فدخل فى المستثنى منه مالا ينتفع به ككمثرى وسفرجل وجوز أ.هـ. قال الرملى معلقا على قوله «إلا فى منتفع به» لا يقال: أنه غير محتاج إليه لأنه معلوم من اشتراط المنفعة فى كل مبيع ، لأننا نقول: هذا اشتراط زائد ، وهو الانتفاع به فى الحال فلا يصح بيعه بشرط القطع ولاغيره ، وإن أمكن الانتفاع به فى المستقبل بتريبته على الشجر ، الرملى على الأسنى السابق. وفى التحفة: وذكر هذا هنا لأنه قد يغفل عنه وإلا فهو معلوم مما مر فى البيع. فان قلت: لاتسلم علمه منه لأنه يكفى ، ثم المنفعة المترتبة كما فى الجحش الصغير لاهنا. قلت: إنما لم تكف المنفعة المترتبة هنا لعدم ترقبها مع وجود شرط القطع فلذلك اشترطت المنفعة حالا. والحاصل: إن الشرط هنا وثم - أى فى الجحش الصغير - أن يكون فيه منفعة مقصودة الغرض صحيح ، وأما افتراقهما فى كون المنفعة قد ترقب ثم لاهنا فغير مؤثر للاستحالة التى ذكرناها فتأمل . تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٢ . ويرى العبادى أن تحرير الكلام فى قول صاحب التحفة «إنما لم يمكن هنا لعدم ترقبها ... الخ» ينشأ منه المناقشة فى نتيجة جوابه وذلك لأنه إذا عدم ترقبها كانت معدومة حالا ومآلا ، فلا حاجة حينئذ إلى كون الشرط: المنفعة حالا ، لأن ذلك إنما يحسن إذا كانت المنفعة متحققة مآلا ، لكنها لم تعتبر وليس كذلك كما تقرر . فالوجه أن الشرط فى المبيع هنا وثم المنفعة حالا أو مآلا ، ولكن لم يتحقق هذا الشرط فى نحو الكمثرى إذ هو غير منتفع به مطلقا أما حالا فظاهر ، وأما مآلا ، فلأنه لا يبقى إلى أن ينتهيا للانتفاع لوجوب قطعه بقتضى الشرط فلذا بطل البيع فيه فبطلته فيه لانتفاء منفعته مطلقا لا ، لانتفائها حالا مع وجودها مآلا ، والمعتبر إنما هو الحال لا المآل. حاشية العبادى على التحفة السابق.

وفى الشروانى على التحفة السابق «حاصل الجواب: أن الشرط فى المبيع هنا وثم المنفعة حالا أو مآلا ، ولكن لم يتحقق هذا الشرط فى نحو الكمثرى إذ هو غير منتفع به (=)

الحنابلة^(١) وجنهور الاباضية ويحجر ولي الأمر على ذلك^(٢). وما ينتفع به في الحال قبل بدو الصلاح القصيل ونحوه في علف الدواب^(٣) وكذلك الحصرم^(٤) فقد ذكر الصعيدى من المالكية أنه يطبخ وقال غيره: يصنع منه

(=) مطلقا ، أما حالا فظاهر ، وأما مالا ، فلائه لا ينفى إلى أن يتهيا للانتفاع لزجوب قطعه بمقتضى الشرط فلذا بطل البيع فيه فبطلاته فيه لا تنقأ ، منفعة مطلقا لا ، لا تنقأها حالا مع وجودها مالا . أ. هـ .

والخلاصة: أن الشافعية متفقون على اشتراط أن يكون الثمر والزرع المبيع قبل بدو صلاحه منتفعا به في الحال. ليصح البيع بشرط القطع ، فإن كان غير منتفع به في الحال فإن البيع باطل.

ولا يوجد اشكال على هذا إلا ما أثاره الأذرعى من أن فقهاء مذهبه يقولون بصحة بيع البطيخ قبل بدو صلاحه بشرط القطع مع أن البطيخ قبل بدو صلاحه لا تنفع فيه . ففي عميرة « قال الأذرعى: يشكل على هذا قولهم بصحة بيع البطيخ قبل بدو صلاحه بشرط القطع فإن البطيخ قبل بدو صلاحه لا تنفع فيه » حاشية عميرة على المحلى ج ٢ ص ٢٢٣ .
(١) في كشف القناع « ولا يصح بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ... ولا يصح بيع الزرع قبل اشتداد حبه ... إلا إذا باع الثمرة قبل بدو صلاحها والزرع قبل اشتداد حبه بشرط القطع في الحال فيصح ... إن كان منتفعا به حينئذ ، أي حين القطع ، فإن لم ينتفع بها كثرة الجوز . وزرع الترمس لم يصح لعدم النفع بالمبيع » كشف القناع ج ٣ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ .
وفي الانصاف ج ٥ ص ٦٥ « ولا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ولا الزرع قبل اشتداد حبه بلاثراع في الجملة إلا بشرط القطع في الحال نص عليه ، لكن يشترط أن يكون منتفعا به في الحال . قاله في الرعاية ، والشيخ تقي الدين في تعليقه على المحرر » قال الرادوي « قلت: وهو مراد غيرهما ، وقد دخل في كلام الأصحاب في شرط البيع حيث اشترطوا: أن يكون فيه منفعة مباحة » وانظر . الروض المربع ج ٢ ص ٣١ ، أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٨ .

(٢) في شرح النيل ج ٨ ص ١١٢ « ويشترط لصحة بيع الثمار قبل بدو الصلاح بقيد القطع أن يكون منتفعا به لأن الله تعالى لا يحب الفساد ، ولنهى رسول الله - ﷺ - عن إضاعة المال ، ويحجر ولي الأمر على ذلك ... » قال أظقيش « والتحقيق عندى صحة البيع ولو كان لا ينتفع بها أو قائلوا عليها ، وعليه الوزر مع البائع العالم بذلك » فالاباضية عندهم قولان الأكثر على اشتراطه كما هنا ، والبعض لم يشترط كما في القول الأول السابق .
شرح النيل ج ٨ ص ١١٢ ، حاشية أبي سة على الايضاح ج ٥ ص ٦٠ .

(٣) سبق معنى القصيل .

(٤) وأما الحصرم: ففي القاموس: الحصرم كزنج الثمر قبل النضج ، وأول العنب ما دام أخضر . حاشية الشروانى ج ٤ ص ٤٦٢ ، وفي مختار الصحاح ص ٨١ باب الحاء: الحصرم بكسر الحاء وسكون الصاد وكسر الراء: أول العنب . وفي المصباح (=)

الخل. وكالبلع الأخضر قبل احمراره أو اصفراره فقد ذكر العدوى من المالكية: أن الواقع عندنا بمصر أنه تشتد رغبتهم فيه ، وكاللوز ، ونحو ذلك. وأما ما لا ينتفع به في الحال قبل بدو الصلاح فكالكُمثري^(١)، والسفرجل^(٢) والجوز ، وزرع الترمس^(٣).

الأدلة:

دليل القول الأول: استدلال الحنفية لظاهر الرواية الذهاب إلى جواز بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح بشرط القطع وإن لم يكن منتفعا بها في الحال بالآتي من السنة والمعنى.

١- يقول الكاساني: والدليل على جواز بيعه ما روى عن النبي - ﷺ - أنه قال «من باع نخلا مژرة فشمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع»^(٤)، ثم قال في وجه الدلالة على جواز البيع حينئذ حتى ولو لم يكن منتفعا به في الحال: جعل الثمرة للمشتري بالشرط من غير فصل بين ما إذا بدا صلاحها أو لا ، دَلَّ أنها محل البيع كيف ما كان^(٥).

(=) ج ١ ص ١٣٩ كتاب الحاء: الحَصْرَم بالكسر: أول العنب ما دام حامضاً. قال أبو زيد:

وحَصْرَم - بكسر الحاء والراء وما بينهما ساكن - كل شيء: حَشَفَه . بفتح الحاء والشين وضم الفاء. ومنه قيل للبخیل: حَصْرَم - بالكسر.

(١) الكُمثري: بفتح الميم المشددة وبالمثلثة . معروف.

(٢) السفرجل: فاكهة ، والجمع: سفارج. مختار الصحاح ص ١٦٢ باب السين.

(٣) راجع هذه الأمثلة بنصوص المذاهب في الهوامش السابقة . وما ينتفع به نوع انتفاع: البرتقال الصغير فإنه قد يخلل ، والمصرم قد يصنع منه الخل ، وهكذا ، فهناك إذن نوع انتفاع. هامش بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٧ ، وأقول: رأيت ثمار المانجو الصغيرة تخلل في بعض بلاد الخليج بفعله الهنود الذين يعملون بها كما في سلطنة عمان.

(٤) سبق تخريجه في حالة الاطلاق عند استدلال الحنفية به.. ص ١٢٨.

(٥) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٩ ، وانظر . شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩١ ، شرح العناية ج ٥ ص ٤٨٨ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٧ ، حاشية ابن عابدين والدر المختار ج ٤ ص ٤٠ ، ٤١.

٢- وأما من جهة المعنى: فلأنه مال متقوم لكونه منتفعا به فى الحال أو فى الزمان الثانى ، فصار كبيع الجحش والمهر^(١). ويقول الكاسانى « أنه باع ثمرة موجودة وهى بعرض أن تصير منتفعا بها فى الثانى وإن لم يكن منتفعا بها فى الحال فيجوز بيعها كبيع جرو الكلب على أصلنا ، وبيع المهر، والجحش ، والأرض السبخة»^(٢).

ويقول الباهرتى بعد ذكر الخلاف ناصرا ظاهر الرواية «... والأول أصح -يعنى الجواز ولو لم يكن منتفعا به فى الحال- رواية ودراية.

أما الأول «رواية»: فلما أشار إليه محمد رحمه الله فى باب العشر: ولو باع الثمار فى أول ماتطلع وتركها باذن البائع حتى أدركت فالعشر على المشتري ، فلو لم يكن الشراء جائزا فى أول ماتطلع لما وجب العشر على المشتري.

وأما الثانية «دراية»: فلأنه مال متقوم فى الزمان الثانى ، ونفى جوازه مفض إلى نفى جواز بيع المهر والجحش وهو ثابت بالاتفاق»^(٣).

المناقشة:

أما الحديث فالاستدلال به مردود بأنه إنما صح البيع المذكور فى الحديث تبعا ، وكم من شئ يصح بيعه تبعا ولا يصح بيع مفردا^(٤) وأيضا فقد

(١) يقول الباهرتى «بيع الثمر على الشجر لا يخلو إما أن يكون قبل الظهور ، أو بعده ، والأول لا يجوز ، والثانى جائز هذا صلاحها بصلاحها لا تنفع بنى آدم أو علف الدواب أو لم يبدو ، لأنه مال متقوم لكونه منتفعا به فى الحال أو فى الزمان الثانى فصار كبيع الجحش ، والمهر» شرح العناية ج٥ ص ٤٨٨ ، ٤٨٩ ، وانظر تبين الحقائق وحاشية الشلى ج٤ ص ١١ ، ١٢ . الهداية وشرح الكفاية ج٥ ص ٤٨٨ ، ٤٨٩ ، مجمع الأنهر ج٢ ص ١٧ ، فتح القدير ج٥ ص ٤٩١ ، حاشية ابن عابدين والدر المختار ج٤ ص ٤٠ ، ٤١ ، الاختيار ج٢ ص ٦ ، ٧ .

(٢) بدائع الصنائع ج٥ ص ١٣٩ .

(٣) شرح العناية ج٥ ص ٤٨٨ ، ٤٨٩ .

(٤) شرح النبيل ج٨ ص ١٠٧ .

تعقبه البيهقي وغيره بما يجعله غير صالح للاستدلال به هنا^(١).

وأما القياس على المهر والجحش ونحوهما فلم يرتضه سعد جلبي من الحنفية لأنه قياس مع الفارق . وبيانه: أن المقيس عليه وهو الجحش والمهر ونحوهما يترك إلى الزمان الثاني فيتصور الانتفاع به فيه ، بخلاف المقيس وهو المبيع على القطع فانه لا يجوز تركه إلى الزمان الثاني حتى يصور الانتفاع به فيه. يقول سعد جلبي معلقا على قول الباهرتي السابق «وأما الثانية إلى قوله: ثابت الاتفاق»: «أقول: إنما يستقيم القياس أن لو جاز تركه إلى الزمان الثاني كما في المقيس عليه»^(٢).

وأیضا فان الشافعية ناقشوا هذا القياس بنفس فكرة سعد جلبي قالوا: أن المنفعة في الجحش الصغير منفعة مترتبة بخلاف المنفعة هنا. فكل من المقيس والمقيس عليه يجتمعان في كون المبيع فيه منفعة مقصودة الغرض. ثم يفترقان في كون المنفعة قد تترقب في المقيس عليه ، بخلاف المقيس للاستحالة لو جوب قطعة بمقتضى الشرط. قال الشرواني والعبادي: «فالوجه أن الشرط في المبيع هنا^(٣) وثم^(٤) المنفعة حالا أو مآلا، ولكن لم يتحقق هذا الشرط في نحو الكمثرى إذ هو غير منتفع به مطلقا^(٥) أما حالا فظاهر ، وأما مآلا ، فلأنه لا يبقى إلى أن يتهيأ للانتفاع لوجوب قطعه بمقتضى الشرط فلذا بطل البيع فيه فبطلانه فيه لانتفاء منفعته مطلقا لا ، لانتفائها حالا مع وجودها مآلا ، والمعتبر إنما هو الحال لا المآل»^(١).

(١) انظر فتح الباري ج٤ ص ٤٧١ ، وراجع في مناقشة استدلال الحنفية به على جواز البيع

في حال الإطلاق، ص ١٣٣ وما بعدها.

(٢) حاشية سعد جلبي بهامش الهداية وشروحها ج٥ ص ٤٨٨.

(٣) أي في بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح بشرط القطع.

(٤) أي في الجحش ونحوه.

(٥) والحال أن الكمثرى بيعت قبل بدو الصلاح بشرط القطع.

دليل القول الثاني: استدلال الجمهور على تقييد صحة البيع قبل بدو الصلاح بشرط القطع بقاء الانتفاع بالمبيع في الحال أي حين القطع بالآتي:

أولاً: استدلال من خالف ظاهر الرواية من الحنفية بالسنة والمعنى:

أ- أما السنة فلنهي النبي ﷺ - عن بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه (٢).

ب. أن البيع يختص بمال متقوم والثمر قبل بدو الصلاح إن لم يكن منتفعا به لا يكون متقوماً (٣).

ج. أن الثمر والزرع قبل بدو الصلاح إذا بيع مفردا بشرط القطع كان مستحقا للقطع إذ لا يصح البيع بشرط الترك ومستحق القطع كالمقطوع فلم تكن منتفعا بها حالاً ومالاً ، فلم يصح (٤).

المناقشة:

أ- أجاب الباهرتي عن حديث المشترطين للانتفاع في مذهبه كشمس الأئمة السرخسي ، وجواهر زادة - بقوله: والجواب عن الحديث: أن تأويله إذا باعه بشرط الترك ، أو أن المراد به النهي عن بيعها سلماً بدليل قوله - ﷺ - «أرأيت أن أذهب الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه» (٥). وإنما يتوهم هذا - أي إذهب الله الثمرة - إذا اشترى بشرط الترك إلى أن يبدو

(١) تحفة المحتاج وحاشية الشرواني والعبادي ج٤ ص ٤٦٢ ، ٤٦٣.

(٢) سبق تخريجه في النص الحاكم، ص ٧١ وما بعدها.

(٣) شرح العناية ج٥ ص ٤٨٨ ، شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٨٩ ، الهداية ج٥ ص ٤٨٧ ،

٤٨٨ ، ٤٨٩ ، بدائع الصنائع ج٥ ص ١٣٩ ، ١٧٣ ، تبين الحقائق وحاشية الشلبي

ج٤ ص ١١ ، ١٢ ، الاختيار ج٢ ص ٦ ، ٧ ، مجمع الأنهر ج٢ ص ١٧.

(٤) شرح الكفاية علي الهداية ج٥ ص ٤٨٨ ، ٤٨٩.

(٥) سبق تخريجه في النص الحاكم، ص ٧٨ وما بعدها.

صلاحها ، أو بطريق السلم^(١) وهناك تأويلات أخرى للحديث ذكرناها للحنفية في حالة الاطلاق.

ب- أن هذا القول مردود بأنه خلاف الرواية فان محمدا ذكر في كتاب الزكاة في باب العشر أنه لو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها بأمر البائع حتى أدركت بالعشر على المشتري ولم لم يجز بيعها حين ما طلعت لما وجب عشرها على المشتري^(٢).

أقول: هكذا نرى أن شراح الحنفية لا يعتبرون قول من خالف ظاهر الرواية.

ثانيا: استدلال الجمهور بالمعنى المؤيد بالسنة المشرفة ، ثم الاجماع :

١- قالوا: إنما يشترط أن يكون منتفعا به لأن الله تعالى لا يحب الفساد ولنهيه - ﷺ - عن إضاعة المال ويحجر ولي الأمر على ذلك^(٣). أما النهي عن اضاعة المال فقد روى البخارى تعليقا « ونهى النبي - ﷺ - عن اضاعة المال » وهو عند مسلم « ونهى عن ثلاث قيل: وقال: كثرة السؤال واطاعة المال^(٤) ، ولاشك أن شراء مائس منتفعا به حالا ومآلا فيه إضاعة للمال.

يقول الأبهى الأزهرى « فان لم ينتفع به فلا يصح بيعه لأنه فساد واطاعه مال^(٥) ».

(١) شرح العناية ج٥ ص ٤٨٨ ، ٤٨٩ ، قال سعد جلبي معلقا على هذا الجواب من الباهرتي « أقول: فيكون التقبيد بقوله: قبل أن يبدو صلاحه بناء على أن اشتراط الترك في الأغلب يكون فيه » حاشية سعد جلبي ج٥ ص ٤٨٨.

(٢) بدائع الصنائع ج٥ ص ١٣٨ ، ١٣٩ ، تبين الحقائق وحاشية الشلبي ج٤ ص ١١ ، شرح العناية السابق.

(٣) شرح النبل ج٨ ص ١١٢ ، الايضاح وحاشية أبي ستة ج٥ ص ٦٠.

(٤) سبق تخريجه في القائلين بمنع البيع مطلقا قبل بدو الصلاح ، ص ٩٥.

(٥) جواهر الاكليل ج٢ ص ٦٠ ، وانظر شرح الخرشي ج٥ ص ١٨٥ مجلد / ٣ ، الشرح الكبير للرددير ج٣ ص ١٧٦.

ويقول الدردير «أو يبيع على شرط قطعه فى الحال أو قريبا منه بحيث لايزيد ولاينتقل عن طوره إلى طور آخر فيجوز بشروط ثلاثة «إن نفع» أي بلغ حد الانتفاع به كالحصرم ، وإلا فهو إضاعة مال كالكمثرى قبل ظهور الحلاوة فيها فانها غير منتفع بها إذ هي مرة فى هذه الحالة» (١).

ويقول المتولى «أما مالا منفعة فيه قبل بدو الصلاح كالجوز والسفرجل والكمثرى فلا يصح العقد لأن بدل العوض فى مقابلة مالا منفعة فيه فى الحال ولايرجى له منفعة فى الثانى لايجوز كالحشرات» (٢).

٢- وأما الاجماع فيقول الصنعانى «والاجماع قائم على أنه لايصح بيع الثمار قبل خروجها لأنه يبيع معدوم ، وكذا بعد خروجها قبل نفعها» (٣).

أقول: دعوى الاجماع غير مسلمة فقد رأينا أن ظاهر الرواية عند الحنفية وعليه جمهورهم وهو الأصح جواز البيع قبل بدو الصلاح إن لم يشترط الترك حتى ولو لم يكن منتفعا به فى الحال ، وهو أيضا قول الربيع وأطفيش من الاباضية . ومن ثم فكأن الصنعانى تدارك ذلك فقال عقب ماتقدم عنه «إلا أنه روى المصنف (٤) فى الفتح: أن الحنفية أجازوا بيع الثمار قبل بدو الصلاح وبعده بشرط القطع» (٥).

الراجع:

والراجع من وجهة النظر صحة البيع إن كان المبيع منتفعا به حين القطع فان لم يكن كذلك كان البيع باطلا ، وهو ماذهب إليه الجمهور لقوة

(١) الشرح الكبير السابق ص ١٧٦ ، ١٧٧.

(٢) تحفة الابهانة ج٢ ورقة ١٦٣.

(٣) سبل السلام ج٣ ص ٤٦.

(٤) هو ابن حجر العسقلانى صاحب كتاب بلوغ المرام مصنف سبل السلام.

(٥) لاحظ فتح البارى ج٢ ص ٤٦١ ، نيل الأوطار ج٢ ص ٦٠.

دليله ، مع عدم سلامة دليل المخالف عن المعارض.

**الشرط الثانى والثالث: أن تدعو إلى هذا البيع حاجة ، وأن لا يتمالأ أهل
الموضع أو أكثرهم عليه :**

أقول: هما شرطان أيضا للمالكية ، فمجموع الشروط عندهم ثلاثة:

١- أن ينتفع به.

٢- أن تدعو إلى ذلك حاجة.

٣- أن لا يتمالأ أهل ذلك الموضع أو أكثرهم على ذلك.

يقول فى كفاية الطالب «وأما إذا وقع بشرط الجداد فى الحال أو قريبا
منه فجائز بشروط ثلاثة. أن ينتفع به ، وأن تدعو إلى ذلك حاجة ، وأن
لا يتمالأ أهل ذلك الموضع أو أكثرهم على ذلك» . وسائر شراح خليل نصوا
على هذه الشروط.

أما شرط الانتفاع فقد سبق الكلام عنه.

وأما الشرط الثانى فهو أن تدعو إلى هذا البيع حاجة . وعبر
خليل وتبعه بعض الشراح فقالوا: «واضطر له» والأول أقرب ، فانهم قالوا:
المراد احتياج المتبايعين أو أحدهما إلى هذه المعاملة أي إلى التبايع قبل بدو
الصلاح ، وليس المراد بالاحتياج حالة الاضطرار الذي ينتفى معها الاختيار.
قال الخرشي «الثانى: الاضطرار. سواء كان المضطر المتبايعان أو أحدهما وإلا
لكان من الفساد ، والمراد بالاضطرار هنا الحاجة لابلوغ الحد الذى ينتفى معه
الاختيار» ويقول الدردير معلقا على قول خليل «واضطر له»: المراد
بالاضطرار: الحاجة أي احتاج له المتبايعان أو أحدهما. قال الدسوقي: أي
لا بلوغ الحد الذي ينتفى معه الاختيار.

وأما الشرط الثالث: فهو عدم التمالؤ على هذا النوع من البيع.

فان معناه أن لا يقع من أكثر أهل البلد التمالؤ على قطعه وبيعه قبل بدو
الصلاح، فان اتفق البائع والمشتري على ذلك من غير وقوعه من أكثر أهل
البلد جاز، لكن إن تمألاً عليه الأكثر بالفعل لم يصح البيع لثلا يكثر الغلاء
وتنفع الزكاة كما ذكره البدرى، حتى وإن لم يقطعوا إلا بعد بدو الصلاح.
والمراد بالتمالؤ: اتفاقهم ولو باعتبار العادة إذ لا يشترط التوافق عليه حقيقة
ففى حاشية الصعبدى «ليس المراد بالتمالؤ هنا أن يتوافقوا على ذلك وإنما
المراد توافقهم فى نفس الأمر» قالوا: فان تخلف شرط منها منع البيع على
القطع.

وحجتهم للبطلان فى حالة عدم الحاجة أنه من الفساد المنهى عنه،
وفى حالة التمالؤ فلعظم الفساد^(١). وقد أخذ جمهور الاباضية بشرط عدم
التمالؤ، إلى جانب شرط الانتفاع^(٢).

الشرط الرابع: أن يبيعه جميعه بشرط قطع أو قلع الكل:

صرح الشافعية والحنابلة بأنه لكى يصح بيع الثمر والزرع وحده قبل
بدو الصلاح بشرط القطع: أن يبيعه جميعه بشرط قطع أو قلع الكل فان
شرط قطع أو قلع بعضه لم يصح البيع ويأثم لتعاطيه عقدا فاسدا. لأن شرط
القطع لازم له ولا يمكن قطع البعض إلا بقطع الكل. جاء فى التحفة «فان
باعه وحده من غير شرط قطع أو قلع أو بشرط إبقائه، أو بشرط قطع أو
قلع بعضه لم يصح البيع ويأثم لتعاطيه عقدا فاسدا»^(٣)، قال العبادى «أي
لأن شرط القطع لازم له ولا يمكن قطع البعض إلا بقطع الكل»^(٤).

(١) انظر. الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ج٣ ص ١٧٦، ١٧٧، جواهر الاكلیل ج٢ ص ٦٠، شرح الحرشى وحاشية العدوى ج٥ ص ١٨٥ مجلد ٣، كفاية الطالب وحاشية

الصعبدى ج٢ ص ١٤٨، الشرح الصغير وحاشية الصاوى ج٤ ص ٣١٠، ٣١١.

(٢) شرح النيل ج٨ ص ١١٢، الايضاح وحاشية أبى ستة ج٥ ص ٦٠.

(٣) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٤.

(٤) العبادى والشروانى على التحفة السابق ص ٤٦١، ٤٦٢.

وتطبيقا لهذا الشرط قال الحنابلة « أنه لو باع بعض مال يبد صلاحه مشاعا لم يصح ، ولو شرط القطع ، قاله الأصحاب » قال المرداوى « قلت: فيعاني بها »^(١) ويذكر هذا البهوتى معللا فيقول « ولم يكن مابيع من الثمر قبل بدو صلاحه والزرع قبل اشتداد حبه مشاعا بأن يشتري نصف الثمرة قبل بدو صلاحها مشاعا ، أو يشتري نصف الزرع قبل اشتداد حبه مشاعا فلا يصح الشراء بشرط القطع » ثم يستدل فيقول « لأنه لا يمكنه قطعه أي قطع ما يملكه إلا بقطع ما لا يملكه وليس له ذلك أي قطع ما لا يملكه »^(٢).

وفى المغنى والشرح « وإذا اشترى رجل نصف الثمرة قبل بدو صلاحها ، أو نصف الزرع قبل اشتداد حبه مشاعا لم يجز ، سواء اشتراه من رجل أو من أكثر منه سواء شرط القطع أو لم يشترطه لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع ما لا يملكه فلم يصح اشتراطه »^(٣).

أقول: وكلام الشافعية فى هذه المسألة أكثر تفصيلا ، وكله يدور حول ما إذا كانت قسمة الثمر على الشجر ، والزرع فى الأرض بيعا أم إفرازا؟ والأصح فى الثمر أنها إفراز لا مكان الحرص فيها. ومقابلها أنها بيع وهو ضعيف وإن كان البعض قد فرع عليه ، والأصح والمعتمد فى الزرع أنها بيع^(٤).

(١) الانصاف ج٥ ص ٦٦.

(٢) كشف القناع ج٣ ص ٢٨٢.

(٣) المغنى ج٤ ص ٢٢٠ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢١٦.

(٤) فى متن المنهاج « وقبل بدو الصلاح فى الكل إن بيع الثمر الذى لم يبد صلاحه منفردا عن الشجر لا يجوز إلا بشرط القطع » قال فى التحفة « للكل » ثم قال: خرج بقوله « الثمر » بيع بعضه قبل بدو صلاحه أو بعده لشريكه أو غيره شائعا فيبطل بشرط قطعه إن قلنا: القسمة بيع للربا أو مع قطع الباقي لمناقاة مقتضى العقد أ.هـ. قال الشروانى: « قوله: أو مع قطع الباقي ... الخ » عطف على مقدر ، وأصله بشرط قطعه فقط إن قلنا ... الخ ، أو مع قطع الباقي ... الخ أ.هـ. وقال العبادي « قوله: فيبطل » أي لأن شرط القطع لازم له ولا يمكن قطع البعض إلا بقطع الكل فيتضرر البائع بقطع غير المبيع فأشبه ما إذا (=)

إذا اتضح ذلك فان بيع بعض الثمر قبل بدو صلاحه وبعده شائعا

(=)

باع نصفاً معيناً من سيف ولا يتأتى التخلص من قطع الكل بالقسمة لأن التفرع على أنها بيع وهو ممتنع للربا لأن فيه بيع الثمر بالثمر وهو ربا ، وهذا بخلاف ما إذا قلنا القسمة افراز وهو الصحيح فيصح البيع بشرط القطع مطلقاً وبدونه فيما بدا صلاحه. والكلام إذا لم يشترط قطع الباقي وإلا بطل مطلقاً. «قوله: بشرط قطعه» خرج ما إذا لم يشترط القطع فيما بعد بدو الصلاح فيصح لا تنفاه المحذور. «قوله: إن قلنا: أن القسمة بيع» فان قلنا: افراز وهو الأصح لم يبطل البيع لامكان قطع البعض بعدها. قال في شرح العباب: لا يقال قسمة الثمر على الشجر ممنوعة لأنها وإن جعلت إفرازا لا يهد فيها من الضبط بنحو الكيل وهو متعذر مادام الثمر على الشجر ، لأننا نقول: صرح الشيخان -الرافعي والنووي- عن النص بجوازها إذا جعلناها إفرازا لكن في الرطب والعنب لامكان خرصهما بخلاف سائر الثمار ، وبه يعلم البطان في غيرها مطلقاً لتعذر قسمته ما دام على الشجر لتعذر قطع الجزء المبيع أ. هـ . وفي حاشية الشرواني: وعبرة المغنى «ولو باع نصف الثمر على الشجر مشاعاً قبل بدو الصلاح من مالك الشجر أو من غيره بشرط القطع صح إن قلنا: القسمة افراز ، وهو الأصح لامكان قطع النصف بعد القسمة ، فان قلنا: أنها بيع لم يصح لأن شرط القطع لازم له ولا يمكن قطع النصف إلا بقطع الكل فببطلان البائع بقطع غير المبيع فأشبهه ما إذا باع نصفاً معيناً من سيف ، وبعد بدو الصلاح يصح إن لم يشترط القطع فان شرطه ففيه ما تقرر ، ويصح بيع نصف الثمر مع الشجر كله أو بعضه ويكون الثمر تابعا « زاد في النهاية «وقضيته عدم الفرق بين شرط قطعه وعدمه» ، قال الشرواني «قوله: بشرط القطع صح» أي إن كان المبيع رطباً أو عنباً لامكان قسمته بالخرص بخلاف غيرها من سائر الثمار. أقول: وينبغي أن يلحق بهما البسر والحصرم بل وبقية أنواع البلح وإن كان صغيراً لأن القسمة تعتمد الرؤية ولا تتوقف على الحرص ، وإنما توقف على الحرص في العرايا لأن بيع الرطب بالتمر يحوج إلى تقديره فتما وما هنا ينظر إلى حاله الذي هو عليه وقت القسمة لا غير. «وقوله: إن قلنا: أنها بيع» ضعيف «قوله: ما تقرر» أي من الفرق بين بيعه مع الشجر ومنفرداً أ. هـ . «قوله بشرط قطعه» خرج ما إذا لم يشترط القطع فيما بعد بدو الصلاح فيصح لا تنفاه المحذور «قوله: ان قلنا: القسمة بيع» فان قلنا: افراز وهو الأصح لم يبطل البيع لامكان قطع البعض بعدها. تحفة المحتاج وحاشية الشرواني وحاشية العبادي ج٤ ص ٤٦١ ، ٤٦٢ ، وفي تنمية الابانة ج٤ ورقة ١٦٧ «لو باع نصف الزرع الذي في الأرض من غير مالكه لا يصح العقد أصلاً لأنه لا يهد في العقد من شرط القطع والنصف لا يمكن معرفته إلا بالقسمة ولا يمكن القسمة إلا بالقطع فيتضمن بيع النصف قطع الجميع وفي ذلك التزام ضرر في المبيع لأن الزرع ينتقص بالقطع ، وهكذا الحكم في بيع نصف الثمرة شائعا قبل بدو الصلاح». وفي الروضة ج٣ ص ٢١٣ «فرع لابن الحداد: لو باع نصف الثمار على رؤوس الشجر مشاعاً قبل بدو الصلاح لم يصح ، وعلموه بأن هذا البيع يفتقر إلى شرط القطع ولا يمكن قطع النصف إلا بقطع الكل فيتضرر البائع بقطع غير المبيع فأشبهه (=)

للمشريك أو لغيره بشرط قطعه بيع باطل سواء شرط قطعه فقط ، أو مع قطع

(=) ما إذا باع نصفاً معيناً من سيف. وما ذكره من أن قطع النصف لا يمكن إلا بقطع الجميع إنما يستمر بتقدير دوام الاشاعة وامتناع القسمة» وقول ابن الحداد هذا ذكره العمراني في البيان فقال «فرع: لو باع نصف ثمرة قبل بدو الصلاح فيها أو نصف زرع قبل بدو الصلاح فيه: قال ابن الحداد: لم يصح البيع لأنه لا يصح قسمة ذلك. فغلطه بعض أصحابنا في العلة ، فقال: ليست العلة أنه لا يصح قسمة ذلك ، ألا ترى أنه لا يصح البيع وإن قلنا: إن القسمة تميز الحقين ، بل العلة أنه لا يصح قطع نصف الثمرة والزرع مشاعاً. قال القاضي أبو الطيب: بل الصحيح ما علل به ابن الحداد. وقد نص الشافعي رحمه الله على هذه العلة فقال: لو كان زرع بين رجلين فصالحه أحدهما على نصف الزرع: لم يجوز من قبل أنه لا يجوز أن يقسم الزرع أخضر ، ولا يجزئ شريكه على أن يقطع منه شيئاً ، ثم قال «قال القاضي: وإذا باعه نصف ثمرة أو نصف زرع قبل بدو الصلاح بشرط القطع ، فإن قلنا: إن القسمة بيع: لم يصح هذا البيع. لأنه لا يصح قسمته ، وإذا لم يصح قسمته لم يمكن قطع نصفه. وإن قلنا: إن القسمة تميز الحقين: صح البيع لأنه يمكن قطعه بأن يقاسمه في الثمر والزرع فإذا تميز حقه قطعه. فإذا قلنا: يصح قسمة الثمرة ، فباعه نصف الثمرة أو نصف الزرع بشرط أن يقطع الجميع: لم يصح البيع لأن البائع لا يجزئ على قطع ما لم يبيع فكان هذا الشرط يناقض مقتضى العقد» البيان ص ١٤٩ ، ١٥٠ محقق. وفي الأسنى على الروض ج ٢ ص ١٠٥ «فرع: لا يصح بيع نصف الثمر على الشجر مشاعاً قبل بدو الصلاح ولو» بيع «من مالك الشجر» أو بشرط القطع «إن قلنا: إن القسمة بيع» وهو ما جزم به في الربا تبعاً لتصحيح أصله «لأن شرط القطع لازم له ، ولا يمكن قطع النصف إلا بقطع الكل فيتضرر البائع بقطع غير المبيع فأشبه ما إذا باع نصفاً معيناً من سيف. أما إذا قلنا: القسمة افراز فالبيع صحيح لا مكان قطع النصف بعد القسمة. وخرج بتقيل بدو الصلاح البيع بعده فيصح إن لم يشترط القطع فإن شرطه ففيه ما تقرر. «ويصح بيعه» أي نصف الثمر «مع الشجر» كله أو بعضه ويكون الثمر تابعاً. وقضيته أن لا فرق بين شرط قطعه وعدمه.

لا يقال: قياس مأمور فيما لو باع جميع الثمر مع الشجر أنه لا يجوز شرط القطع ، لأننا نقول: لا قسمة ، ثم لأن الثمر كله للمشتري بخلاف هنا. والتصريح بالترجيح فيما ذكر بقوله «ولو من مالك الشجر» من زياداته. وفهم البلقيني من كلام الأصل فيه ما يخالف ذلك فاحذره أ. هـ. قال الرملى «قوله: لأن شرط القطع لازم» لزوم القطع فيما إذا باعه من مالك الشجر رأى مرجوح «قوله: أما إذا قلنا: القسمة افراز» وهو الراجح إذ الحصر يدخل فيها ، حاشية الرملى على الأسنى السابق ، وانظر حاشية قليوبي ج ٢ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، وفي التحفة في الزرع «ويحرم» ولا يصح «بيع الزرع الأخضر ولو بقل لا يبد صلاحه في الأرض إلا بشرط قطعه أو قلعه جميعه ... فإن باعه وحده من غير شرط قطع أو قلع أو بشرط إبقائه أو بشرط قطع أو قلع بعضه لم يصح البيع ويأثم لتعاطيه عقداً فاسداً» تحفة المحتاج ج ٤ ص ٤٦٣ ، ٤٦٤. (=)

الباقى. وهو فى حالة شرط قطعه فقط يبطل على القول بأن القسمة بيع والعلة فى بطلانه هى الربا ، وفى حالة شرط قطع الباقي يبطل لمنافاة هذا الشرط لمقتضى العقد لأن البائع لا يجبر على قطع ما لم يبيع فكان هذا الشرط ينافى مقتضى العقد فأبطله كما فى البيان للعرانى.

وبعلل العبادي والشروانى وغيرهما لبطلان البيع بقولهم: أن شرط القطع لازم له ولا يمكن قطع البعض إلا بقطع الكل فيتضرر البائع بقطع غير المبيع فأشبه ما إذا باع نصفنا من سيف.

ولا يتأتى التخلص من قطع الكل بالقسمة لأن التفريع على أن قسمة الثمر بيع وهو ممتنع للربا لأن فيه بيع الثمر بالثمر وهو ربا.

أما على القول بأن قسمة الثمر افراز أي تبين الحقين وهو الأصح والأرجح على الوجه السابق بيانه لم يبطل البيع لا مكان قطع البعض بعد القسمة.

وقد اعترض على التعليل لعدم صحة البيع: بأنه لا يصح قسمة ذلك.

ففى البيان «لو باع نصف ثمرة قبل بدو الصلاح فيها أو نصف زرعه قبل بدو الصلاح فيه. قال ابن الحداد: لم يصح البيع ، لأنه لا يصح قسمة ذلك. فغلطة بعض أصحابنا فى العلة ، فقال: ليست العلة أنه لا يصح قسمة ذلك ، ألا ترى أنه لا يصح البيع وإن قلنا: أن القسمة تميز الحقين ، بل العلة أنه لا يصح قطع نصف الثمرة والزرع مشاعا» وصح القاضى تعليل ابن الحداد. ففى البيان «قال القاضى أبو الطيب. بل الصحيح ما علل به ابن

(=) وفى كلام جلال المحلى عن بيع الزرع الأخضر منفردا عن الأرض أو معها ومنه القول ، والبطيخ والباذنجان والقثاء ونحوها عند قوله «فان بيع» قال قليوبي «أي جميعه معها ، ولا يصح بيع بعضه معها لأن قسمته بيع بخلاف الثمر مع الشجر» شرح جلال المحلى وحاشية قليوبي ج ٢ ص ٢٣٤. أي أن الأصح فى قسمة الثمر أنها افراز بينما الأصح فى الزرع أنها بيع.

الحداد.

وقد نص الشافعي رحمه الله على هذه العلة فقال: لو كان زرع بين رجلين فصالحه أحدهما على نصف الزرع: لم يجز من قبل أنه لا يجوز أن يقسم الزرع أخضر ولا يجبر شريكه على أن يقطع منه شيئا.

ونبه الشرواني والعبادي وغيرهما: على أنه بعد بدو الصلاح إنما يبطل البيع عند بيع بعضه إذا اشترط القطع ، أما إذا لم يشترط القطع فيصح لانتفاء المحذور.

وأیضا فان الكلام السابق كله فيما إذا لم يشترط قطع الباقي فان شرطه بطل البيع مطلقا بدا صلاحه أم لا لمنافاة هذا الشرط لمقتضى العقد كما بينا سابقا.

ويصح بيع بعض الثمر مع الشجر كله أو بعضه ويكون الثمر تابعا. قال في النهاية والأسنى: وقضيته عدم الفرق بين شرط قطعه وعدمه.

وفي قليوبي «ويصح بيع بعض الثمرة مع كل الشجر أو بعضه ولو بشرط القطع إذ ليس الثمر كله للمشتري. وفي بعض ذلك توقف للعلامة ابن قاسم».

هذا. وقد ذهب الجمهور إلى أن صحة البيع على القول بأن القسمة إفراز: إنما هو خاص بالرطب والعنب فقط. وحجته: أن القسمة ممكنة بالحرص فيهما بخلاف غيرهما من سائر الثمار فيبطل مطلقا لتعذر قسمته مادام على الشجر لتعذر قطع الجزء المبيع. قال في شرح العباب «لا يقال: قسمة الثمر على الشجر ممنوعة لأنها وإن جعلت افرازا لا بد فيها من الضبط بنحو الكيل وهو متعذر ما دام الثمر على الشجر. لأننا نقول: صرح الشيخان^(١)

(١) هما الرافعي والنووي.

عن النص بجوازها إذا جعلناها إفرزا لكن في الرطوبة والعنب لا مكان خرصهما بخلاف سائر الثمار. وبه يعلم البطلان في غيرهما مطلقا لتعذر قسمته مادام على الشجر لتعذر قطع الجزء المبيع، ذكره العبادي.

بينما ذهب بعض آخر كالشرواني إلى الالحاق بهما: البسر والحصرم بل وبقية أنواع البلح وإن كان صغيرا ، لأن قسمة الشمر تعتمد الرؤية ولا تتوقف على الخرص وإنما توقف على الخرص في العرايا لأن بيع الرطب بالتمر يحوج إلى تقديره تمرا. وما هنا ينظر إلى حاله الذي هو عليه وقت القسمة لا غير.

هذا والأصح في قسمة الزرع أنها بيع ومن ثم فانه لا يصح بيع بعضه منفردا أو مع الأرض ، أو منفردا للمالك الأصل. لأنه لا بد في العقد من شرط القطع والنصف لا يمكن معرفته إلا بالقسمة ولا يمكن القسمة إلا بالقطع فيتضمن بيع النصف قطع الجميع وفي ذلك التزام ضرر في المبيع لأن الزرع ينتقص بالقطع. قاله في التتمة^(١).

ويلاحظ أنه لو باع لشريكه حصته من الشمر بحصته من الشجر جاز بشرط القطع كغير الشريك ويلزمه قطع جميع الشمر وفاء بالشرط وتفريفا للمبيع. أما إن باعه بغير حصته من الشجر لم يصح وإن شرط القطع لتكليف المشتري قطع ملكه عن ملكه السابق^(٢).

(١) انظر النصوص السابقة بهامش الشافعية. وانظر في قسمة الحائط قبل بدو الصلاح وبعده. الأم ج ٣ ص ٨٦ مجلد ٢ باب بيع الآجال.

(٢) حاشية قليوبي ج ٢ ص ٢٣٤ ، وفي الأسنى ج ٢ ص ١٠٥ على الروض «وليس أحد الشريكين أن يشتري نصيب شريكه من الشمر قبل بدو صلاحه بنصيبه من الشجر إلا بشرط القطع» كغير الشريك «وتصير كل الثمرة له وكل الشجر للآخر فيتعين» على المشتري «قطع جميع الثمرة» لأنه بذلك التزم قطع ما اشتراه وتفريغ الشجر لصاحبه «فإن اشتراها» أي الثمرة أي نصيب شريكه منها «بغير نصيبه» من الشجر «لم يصح» وإن شرط القطع لتكليف المشتري قطع ملكه عن ملكه المستقر له قبل البيع ومثله ما صرح به البغوي في زرع وأرض مشتركين باع أحدهما نصيبه من الزرع للآخر أ. هـ. ثم قال الشيخ زكريا معلقا على قول الروض «قبل بدو صلاحه» والتصریح بقبل بدو الصلاح (=)

وهذه المسألة ذكرها العمراني في البيان قال « وإن كانت نخلة مثمرة بين رجلين قاشتري أحدهما حق شريكه من جذع النخلة بحقه من الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط أن يقطع جميع الثمرة: صح البيع لأن المشتري للثمرة يلزمه أن يقطع النصف الذي اشتراه بالشرط ، ويلزمه أن يقطع النصف الذي لم يبيع لتفريغ الجذع الذي باع فيجب عليه قطع الجميع»^(١).

ويرى الحنفية جواز بيع حصة الشريك في الزرع من شريكه سواء بلغ أو ان الحصاد أو لا . كما يجوز بيعها من غير الشريك بغير إذنه إن لم يفسخ إلى الحصاد قياسا على بيع الجذع في السقف ولم يفسخ البيع حتى أخرجه وسلمه.

ففي الدر المختار « ويجوز بيع حصته من شريكه مطلقا أي سواء بلغ أو ان الحصاد أو لا ، ومن غيره بغير إذنه إن لم يفسخ إلى الحصاد فانه حينئذ ينقلب إلى الجواز كما إذا باع الجذع في السقف ولم يفسخ البيع حتى أخرجه وسلمه»^(٢).

وفي الدر المنتقى « إذ باع الزرع من شريكه جاز كما في المحيط»^(٣).

وقد ربط الكاساني المسألة بالضرر فحيث وجد لم يجز البيع والضرر يوجد في بيع الزرع قبل الادراك حيث يقول « زرع بين رجلين أو ثمار بينهما

(=) وبغير نصيبه من زيادته. قال في الأصل: ولو كان الشجر لأحدهما والثمر بينهما فاشتري مالك الشجر نصيب صاحبه من الثمر بنصف الشجر بشرط القطع جاز ، أي لا تنفاء العلة السابقة ولم يصرح به في الروض اكتفاء بفهمه من قوله: وليس لأحد الشريكين إلى آخره . اسنى المطالب السابق.

(١) البيان ص ١٥٠.

(٢) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٣٩.

(٣) الدر المنتقى مع مجمع الأنهر ج٢ ص ١٨.

فى أرض. لهما حق الترك فيها إلى وقت الادراك فباع أحدهما نصيبه قبل الادراك لم يجوز لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر صاحبه لأنه يجبر على القلع للحال وفيه ضرر به ، ولو باع بعد الادراك جاز لانعدام الضرر ، وكذا إذا كان الزرع كله لرجل ولم يدرك فباع الزرع لم يجوز لأنه لا يمكن تسليمه إلا بقطع الكل وفيه ضرر ، ولو كان بعد الادراك جاز لانعدام الضرر»^(١).

وعند الاباضية قولان فى بيع الغلة المدركة للشريك: جاء فى شرح النيل « ويجوز لشريك بيع نصيبه فى الزرع والغلة المدركين نصيبه لشريكه أو لا يجوز ، كما لا يجوز بيع البیدار نصيبه؟ قولان»^(٢).

الشرط الخامس: أن لا يكون شرط القطع معلقا:

صرح الشافعية بأن بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح بشرط القطع إنما يصح عند عدم التعليق فى شرط القطع ، فان كان شرط القطع معلقا لم يصح البيع لتضمن التعليق التبقية ، والبيع بشرط التبقية لا يصح كما تقدم عند الجمهور. والتعليق يحصل إذا وقع البيع على شرط القطع بعد يوم مثلا. وقالوا: أنه اذا أطلق شرط القطع دون تقييده بلفظ «حالا» أو «منجزا» حمل على القطع حالا.

قال فى الأسنى «وأما بيعه قبل بدو الصلاح فلا يجوز إلا فى منتفع

(١) بدائع الصنائع ج٥ ص ١٦٨ وقد تناول الكاسانى هذه المسألة فى شرط من شروط المعقود عليه «أن يكون مقدور التسليم من غير ضرر يلحق البائع فان لم يمكن تسليمه إلا بضرر يلزمه فالبيع فاسد لأن الضرر لا يستحق بالعقد ولا يلزم بالتزام العاقد إلا ضرر تسليم المعقود عليه فأما ما وراءه فلا ، وعلى هذا يخرج ... وكذا زرع بين رجلين ... الخ المسألة المذكورة. وأيضاً ذكر من تطبيقات عدم الضرر «وكذا لو باع القوائم على رؤوس الأشجار أو باع الثمار على رؤوس الأشجار بشرط القطع أو مطلقا جاز لما قلنا ... أو الأشجار القائمة على الأرض دون الأرض أو الزرع أو البقول القائمة قبل الجذاذ أنه يجوز لأنه يمكنه تسليم هذه الأشياء من غير ضرر» البدائع السابق.

(٢) شرح النيل ج٨ ص ١٢١.

به بشرط القطع منجزا ... فدخل فى المستثنى منه مالا ينتفع به ككشوى وسفرجل وجوز وما ينتفع به وبيع بغير شرط القطع أو بيع بشرطه معلقا ، ووجه المنع فى الأخيرة تضمن التعليق التبقية « قال الرملى معلقا على قوله « أو بيع بشرطه معلقا » : كأن شرط القطع بعد يوم^(١) » وعبارة الشروانى « دخل فى المستثنى منه ما ينتفع به وبيع بغير شرط القطع أو بيع بشرطه معلقا كأن شرط القطع بعد يوم لأن التعليق يتضمن التبقية »^(٢) ، ويقول معلقا على قول التحفة « حالا » : « متعلق بالقطع أي سواء تلفظ بذلك أو شرط القطع وأطلق فيه فانه يحمل على الحال » وقوله : حالا « هو بمعنى قول ابن المقري « منجزا كما فى النهاية والمغنى . وفى العباب : حالا ، لا بعد يوم مثلا » .

ويقول العبادي «عبارة الروض : منجزا . قال فى شرحه : ووجه المنع فى الأخيرة أي البيع بشرط القطع مطلقا^(٣) تضمنين التعليق التبقية . وفى العباب : حالا ، لا بعد يوم مثلا »^(٤) .

الشرط السادس : أن لا يكتفى بالعادة عن اشتراط القطع :

إذا لم يشترط القطع وكانت العادة فى بلد ما فى بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح قطعها ، فهل يكتفى بالعادة عن اشتراط القطع فى العقد ؟ قولان وهما وجهان للشافعية .

القول الأول : أن العادة فى القطع لا تغنى عن اشتراطه وعليه الأكثر لعموم خبر النهي عن بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح .

(١) أسنى المطالب وعليه حاشية الرملى ج ٢ ص ١٠٤ .

(٢) حاشية الشروانى على التحفة ج ٤ ص ٤٦٢ .

(٣) الذى فى شرح الروض كما ذكرنا هنا « معلقا » وليس مطلقا ولعل ما فى العبادي تصحيف لما ذكرنا أنه فى حال الاطلاق عن قيد « حالا » أو « منجزا » حمل على القطع فى الحال .

(٤) حاشية الشروانى وحاشية العبادي على التحفة ج ٤ ص ٤٦١ .

القول الثاني: تنزل العادة منزلة الشرط فيكون المعتاد كالشرط فيجوز بيع الثمار والزروع قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع إن جرت العادة بالقطع في الحال وبه قال القفال^(١).

والراجع من وجهة النظر هو أن العادة لا تغني عن التلفظ بشرط القطع في هذه المسألة لكون النهي العام جاء صريحا ، فينبغي أن يكون تخصيصه بما هو صريح أيضا.

الشرط السابع: أن يقطع الثمر والزرع في الحال:

اتفق المجوزون لبيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح بشرط القطع: على أن يكون القطع في الحال أي عقب العقد ، ثم اختلفوا فيما إذا تأخر القطع بعد اشتراطه ، ولكل مذهب تفصيلاته.

(١) في الروضة ج٣ ص ٢١٠ «ولو كانت الكروم في بلاد شديدة البرد بحيث لا تنتهي ثمارها إلى الحلاوة ، واعتاد أهلها قطع الحصرم ، فوجهان. قال القفال: يجوز بيعها بغير شرط القطع ويكون المعتاد كالشرط. ومنع الأكثرون ذلك. ويجري الخلاف فيما لو جرت عادة قوم بانتفاع المرتهن بالمرهون حتى تنزل هادتهم على رأي منزلة شرط الانتفاع ويحكم بفساد الرهن».

وفي الروض «ولا يغني اعتياد القطع عن شرطه» قال الشيخ زكريا «لعموم الخبر» قال الرملي «ولا يكون المعهود كالشرط لفظا لا في البيع ولا في القرض ولا في الرهن ولا في غيرها حتى لو جرت عادة قوم بانتفاع المرتهن بالمرهون وعقد الرهن ولا في غيرها حتى لو جرت عادة قوم بانتفاع المرتهن بالمرهون وعقد الرهن بلا شرط انتفاع المرتهن به لفظا لم يفسد الرهن ، ولو أقرض شخصا مشهورا برد الزيادة بلا شرطها لفظا أو رد زائدا لم يحرم» اسنى المطالب على الروض وحاشية الرملي على الأسنى ج٢ ص ١٠٤ ، وفي التحفة ج٤ ص ٤٦١ «ولا يقوم اعتياد القطع مقام شرطه» وفي قليوبي «ولا يغني عنه العادة» وفي عميرة «فرع» «ولو جرت العادة بقطعه حصر ما مثلا فهل يغني ذلك عن الشرط؟ محل نظر» حاشية قليوبي وحاشية عميرة على شرح المحلى ج٢ ص ٢٢٣ ، وفي شرح ابن قاسم «أما قبل بدو الصلاح فلا يصح بيعها مطلقا لا من صاحب الشجرة ولا من غيره إلا بشرط القطع سواء جرت العادة بقطع الشجرة أم لا» قال الباجوري «أي فلا يكتفى بجريان العادة بقطعها عن شرط القطع بل لابد منه لصحة البيع» حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم ج١ ص ٣٥٠ ، ٣٥١.

مذهب الحنفية:

يرى الحنفية أنه إن وقع البيع بشرط القطع أو مطلقاً^(١) عن القطع في الحال أو الترك فإنه يمتنع التأخير ويجبر المشتري على القطع إذا طلب البائع تفريغ ملكه أي أنه إن لم يأذن له البائع أجبر على القطع تفريغاً لملك البائع. ومفاد الجبر كما في حاشية ابن عابدين: أنه لا خيار للمشتري في إبطال البيع إذا امتنع البائع عن ابقاء الشمار على الأشجار ، أو الزرع في الأرض.

فان لم يقطع وحدثت زيادة تصدق بها لحصوله بأمر محذور.

أما إن أذن له البائع بالترك جاز التأخير ولو إلى الإدراك وطاب له الفضل. وكذا إذا اشتراها بعد ماتنهاى عظمها يجب القطع للحال عند جمهورهم تفريغاً لملك البائع فان تركها طاب الفضل ولم يتصدق بشيء سواء كان الترك باذن البائع أم لا ، لأنه لازيادة وإنما هو تغير وصف^(٢).

(١) تقدم عند الحنفية صحة البيع عند الإطلاق في العقد عن شرط القطع أو الترك ، وأن الإطلاق محمول على القطع ، فهو كشرط القطع.

(٢) ومن نصوصهم في هذا الصدد ما في الدر المختار «ومن باع ثمرة بارزة ظهر صلاحها أو لا ، صح في الأصح ويقطعها المشتري في الحال جبراً عليه» قال ابن عابدين تعليقا على قول الدر «ويقطعها المشتري»: أي إذا طلب البائع تفريغ ملكه «قوله: جبراً عليه»: مفاده أنه لا خيار للمشتري في إبطال البيع إذا امتنع البائع عن ابقاء الشمار على الأشجار» حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج٤ ص ٤٠ ، وفي الاختيار ج٢ ص ٦ ، «ويجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ويجب قطعها للحال ليتفرغ ملك البائع ... وكذا الزرع في الأرض، وإن تركها بأمره بغير شرط جاز وطاب الفضل ، وإن كان بغير أمره تصدق بالفضل لحصوله بأمر محذور ، وكذا إذا اشتراها بعد ماتنهاى عظمها يجب القطع للحال لما قلنا ، فان تركها طاب الفضل ولم يتصدق بشيء بكل حال لأنه لا زيادة وإنما هو تغير وصف». وفي البدائع ج٥ ص ١٧٣ «فان كان لم يبد صلاحه فباع بشرط القطع جاز. وعلى المشتري أن يقطع للحال وليس له أن يترك من غير إذن البائع ...». وانظر. الهداية وشرح فتح القدير ، وشرح العناية ج٥ ص ٤٨٩ ، تبين الحقائق ج٤ ص ١٢ ، مجمع الأنهر ج٢ ص ١٧ ، وفي الدر المختار «ويقطعها المشتري في الحال جبراً عليه ... لو شراها مطلقاً وتركها باذن البائع طاب له الزيادة ، وإن بغير إذنه تصدق بما زاد في (=)

وقال أبو الليث: فان خاف أن يرجع يقول: على أنى متى رجعت فى الاذن تكون مأذونا فى الترك قال فى الدر «وان تركها أى الشجرة التى لم تتناه على الشجر باذن البائع بلا اشتراط حالة العقد قان اشتراطه مفسد طاب له الزيادة الحاصلة من ذات الشجرة بالترك لأنه استعارة للشجر. فان خاف أن يرجع يقول: على أنى متى رجعت فى الاذن تكون مأذونا فى الترك ، قال أبو الليث ، ذكره الشمني وغيره» (١).

مذهب المالكية:

يرى المالكية جواز التأخير لوقت قريب ، وحد القرب: أن لا يزيد الثمر أو الزرع أى لا ينتقل عن طور إلى طور آخر (٢)، فان انتقل عن طوره إلى

(=) ذاتها ، وإن بعد مائتات لا يتصدق بشئ» الدر المختار مع حاشية ابن عايد ج ٤ ص ٤٠ ، ٤١. وسنعود مرة أخرى إن شاء الله لبيان حكم الزيادة بالتفصيل لدى المذاهب.

(١) الدر المتقى مع مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٨.

(٢) فمثلا لثمرة النخل سبعة أطوار حكاهما الاباضية عن ابن حبيب المالكي فى حاشية أبى ستة على الابضاح ج ٥ ص ٥٩ «وقد ذكروا للنخيل سبعة أطوار بجمعها قولك: طاب زبرت. فالطاء: طلع ، والهمزة: أغريض وهو الحب الذى فى الأكمام، والباء: بلع. والزاي: زهو. والباء: بسر. والراء: رطب. والتاء: تمر ، وذلك لشبهها بآدم فان له سبعة أطوار مبينة فى قوله تعالى ﴿ولقد خلقنا الانسان من سلاله من طين﴾ سورة المؤمنون الآية: ١٢. ويقول أطفيش: وهذه الأطوار بجمعها قولك «طاب زبرت» فالطاء: طلع. والهمزة: أغريض وهو الحب الذى فى الأكمام. والباء: بلع. والزاي: زهو. والباء: بسر. والراء: رطب. والتاء: تمر. كما أن لآدم سبعة أطوار مذكورة فى قوله تعالى ﴿ولقد خلقنا الانسان من سلاله﴾ الآية وإنما أشبهته لأنها خلقت من بقية طين آدم عليه السلام ، ولذلك قال النبى - ﷺ - «أكرموا عما تكتم النخيل» وصححو أنه حديث موضوع، وإذا انفتح الحمل عن الطلع كان أغريضا ، وفيه بياض ، وإذا ذهب البياض عنه وعظم وعلمته خضرة كان بلعا ، وإذا علت الحمرة خضرة كان زهوا ، وإذا اصفر كان بسرا ، وإذا علت الكدرة الصفرة ونضج كان رطبا ، وإذا يبس كان تمرا ، كذا قال ابن حبيب المالكي شرح النيل ج ٨ ص ١٠٣ ، ١٠٤ ، وفى حاشية أبى ستة على الابضاح ج ٥ ص ٦١ «قال ابن حبيب المالكي: لثمرة النخلة سبع درجات: الطلع ، ثم ينفث الزهو عنه فيكون أغريضا ثم يذهب عنه بياض الأغريض وعظم حبه وتعلوه خضرة فيكون بلعا ، ثم تعلو الخضرة حمرة فيكون زهوا ، ثم يصفر فيكون بسرا ، ثم يعلو الصفرة كدرة وتنضج الثمرة فيكون رطبا ، ثم يبس فيكون تمرا».

طور آخر انفسخ البيع^(١).

مذهب الشافعية:

يرى الشافعية ما رآه الحنفية من جواز التأخير باذن البائع ولو إلى بدو الصلاح بل ولو إلى أوان الجذاذ ، فان لم يسمح له أجبر على القطع ، وقيل: للمشتري الخيار.

يقول النووي « قال أصحابنا: ولو شرط القطع ثم لم يقطع فالبيع صحيح ويلزمه البائع بالقطع فان تراضيا على ابقائه جاز »^(٢) ويقول الماوردي « فلو سمح البائع بعد اشتراط القطع على المشتري بترك الثمرة إلى بدو الصلاح ، جاز لصحة العقد ، ولو طالب بالقطع لزمه ذلك »^(٣).

وفى الأسنى « فان شرط القطع لزم الوفاء به إلا أن يسامح البائع بالترك إلى أوان الجذاذ » وهنا آثار الرملى تساؤلا عند عدم وفاء المشتري بالشرط ولم يسمح البائع بالترك فهل يجبر على القطع أم يثبت للمشتري الخيار كغيره من الشروط؟ قال « لو لم يوف المشتري بالقطع فهل يجبر عليه

(١) قال فى القوانين ص ٢٢٥ « فان اشتراها قبل بدو الصلاح على شرط القطع ثم أبقاها انفسخ البيع ». وعند الكلام عن حالات صحة البيع قبل بدو الصلاح جاء فى الشرح الكبير « أو بيع ما ذكر منفردا قبل بدو صلاحه على شرط قطعه فى الحال أو قريبا منه بحيث لا يزيد ولا ينتقل عن طوره إلى طور آخر » الشرح الكبير وانظر معه حاشية الدسوقي ج٢ ص ١٧٦ ، ١٧٧ وانظر. جواهر الاكليل ج٢ ص ٦٠ ، وكفاية الطالب مع حاشية الصعبدى ج٢ ص ١٤٨ ، وفى الشرح الصغير ج٤ ص ٣١٠ ، ٣١١ « ... أو يبعه قبل بدو صلاحه بشرط قطعه فى الحال أو فى مدة قريبة لا ينتقل فيها لثمر أو الزرع من طور إلى آخر » وانظر معه حاشية الصاوى.

وفى شرح الخرشى ج٥ ص ١٨٥ مجلد/٣ « ... يعنى أن يبيع ما ذكر قبل بدو صلاحه يصح فى ثلاث مسائل ... الثالثة: أن يشتري ما ذكر منفردا قبل بدو صلاحه على شرط قطعه فى الحال أو قريبا منه بحيث لا ينتقل عن طوره إلى طور آخر ».

(٢) شرح مسلم للنوى ج١٠ ص ١٨١.

(٣) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٢٩.

أو يثبت الخيار كغيره من الشروط» وعبارة الأسنى تصحيح الجبر على القطع^(١).

أقول: وهذا يعنى أن هناك وجهاً بثبوت الخيار للمشتري وعليه فلا يجبر على القطع. وجمهور الشافعية على الجبر عند عدم سماح البائع بالبقاء كما هي نصوصهم^(٢) وهو ما عليه الحنفية وقد سبق ذكره عندهم.

وإذا لم يسمح البائع بالبقاء ولم يقطع المشتري حتى مضت مدة لمثلها أجرة ، فهل يلتزم المشتري بالأجرة. ذهب جمهور الشافعية إلى أنه إن كان البائع طالبه بالقطع فلم يقطع وجبت الأجرة ، فإن لم يكن قد طالبه بالقطع فلا أجرة للبائع ولا إثم على المشتري بعدم القطع.

وجه هذا: غلبة المسامحة عند عدم مطالبته بالقطع.

ومقابل قول الجمهور ما ذهب إليه القفال ، فقد أطلق في فتاويه عدم وجوب الأجرة. وأخذ به قليوبى. وما ذهب إليه الجمهور هو قول الخوارزمى ، وأشار إلى تصحيحه الأسنى ، وصححه فى الكافى^(٣).

(١) أسنى المطالب وحاشية الرملى ج٢ ص ١٠٣.

(٢) انظر. شرح جلال المحلى وحاشية قليوبى وحاشية عميرة ج٢ ص ٢٣٣ ، روضة الطالبين ج٣ ص ٢١٠ ، الأم ج٣ ص ٨٤ مجلد ٢ ، تحفة المحتاج وحاشية الشروانى وحاشية العبادي ج٤ ص ٤٦١ ، وانظر. البيان للعمراتى ص ١٥٣.

(٣) فى الأسنى ج٢ ص ١٠٣ «فإن لم يتفق القطع حيث لا مسامحة حتى مضت مدة فإن كان البائع طالبه بالقطع فلم يقطع وجبت الأجرة ، وإلا فلا ، قاله الخوارزمى» قال الرملى «قوله: قاله الخوارزمى»: أشار إلى تصحيحه. حاشية الرملى على الأسنى السابق. وقال الرملى أيضاً «قال فى الكافى: لو لم يتفق القطع حتى مضت مدة لمثلها أجرة ، إن كان طالبه بالقطع فلم يقطع وجبت ، وإلا فلا. وأطلق القفال فى فتاويه عدم الوجوب وقوله: قال الكافى -أشار إلى تصحيحه- حاشية الرملى على الأسنى السابق. وفى الأم فى الشمر والزرع «ولا يجوز بيع القصيل إلا على أن يقطع مكانه إذا كان القصيل مما يستخلف ... وإن كان القصيل مما لا يستخلف ولا يزيد لم يجز أيضاً بيعه إلا على أن يقطعه مكانه فإن قطعه أو نتفه فذلك له ، وإن لم ينتفه فعليه قطعه إن شاء رب الأرض والثمره له لأنه اشترى أصله ، ومتى ما شاء رب الأرض أن يقلعه عنه قلعه ، وإن (=)

وقالوا: انه ان ترك عن تراض من البائع حتى بدا الصلاح فانه يكون بدو الصلاح ككبر العبد الصغير^(١) أي أن حكم الزيادة هنا كحكم الزيادة في العبد الصغير ، وهي زيادة متصلة ، فالثمرة كلها للمشتري وكذلك الزرع وليس للبائع شيء كما صرح به في الأم.

وقالوا: انه عند السماح بالابقاء كانت الشجرة في يد المشتري أمانة لتعذر تسليم الثمرة بدونها فلا ضمان على المشتري بخلاف ما لو اشترى نحو سمن وقبضه المشتري في ظرف للبائع فانه مضمون عليه لتمكنه من التسليم في غيره^(٢).

(=) تركه رب الأرض حتى تطيب الثمر فلا بأس وليس للبائع من الثمرة شيء ... وإن ظهر القرط أو الحب فاشتره على أن يقطعه مكانه فلا بأس ... وإذا اشترى الرجل ثمرة لم يبد صلاحها على أن يقطعها فالبيع جائز وعليه أن يقطعها متى شاء رب النخل ، وإن تركه رب النخل متطوعاً فلا بأس والثمرة للمشتري ، ومتى أخذها بقطعها قطعها . الأم ج ٢ ص ٨٤ مجلد ٢ . وفي التحفة «وللبائع إجباره عليه ، ومتى لم يطالبه به فلا أجر له ، ويوجه بغلبة المسامحة في ذلك» قال الشرواني «فلا أجر له أي ولا إثم على المشتري بعدم القطع كما يشعر به قوله: ويوجه» تحفة المحتاج وحاشية الشرواني ج ٢ ص ٤٦١ ، ويقول قليوبي «ولا أجر لو تأخر ولو بغير رضا البائع. قال شيخنا الرملي: إلا إن طالبه البائع بهما ، وقد مر خلافه عنه» حاشية قليوبي ج ٢ ص ٢٣٣ . وقال عميرة «لو شرط ثم رضى البائع بالابقاء جاز ، وإذا مضت مدة قبل قطعه فإن طالبه به فيها وآخر لزمته الأجرة وإلا فلا» حاشية عميرة ج ٢ ص ٢٣٣ ، وانظر البيان ص ١٦٢ ، ١٦٦ ، وحاشية قليوبي ج ٢ ص ٢٣٤ ، ٢٣٥ .

(١) في الأسنى ج ٢ ص ١٠٤ «وان شرط قطع الثمرة وترك عن تراض منهما فلا بأس ويكون بدو الصلاح ككبر العبد الصغير» وانظر عبارة الروض في حاشية العبادي ج ٢ ص ٤٦١ ، وفي الروضة ج ٣ ص ٢١٠ «ولو باع بشرط القطع وجب الوفاء به فلو تراضيا على تركه فلا بأس ، ويكون بدو الصلاح ككبر العبد الصغير» .

(٢) في الأسنى ج ٢ ص ١٠٣ «والشجرة أمانة في يد المشتري لتعذر تسليم الثمرة بدونها ، بخلاف ما لو اشترى سمناً أو نحوه فقبضه في ظرف للبائع فانه مضمون عليه لتمكنه من التسليم في غيره» وفي الشرواني ج ٢ ص ٤٦١ «والشجرة أمانة في يد المشتري لتعذر تسليم الثمرة بدونها بخلاف ما لو باع نحو سمن وقبضه المشتري في ظرف البائع فانه مضمون عليه لتمكنه أي المشتري من التسليم في غيره» وفي قليوبي ج ٢ ص ٢٣٣ «والشجرة في يد المشتري أمانة لعدم امكان تسليم الثمر بدونها ، وبذلك فارق كون ظرف المبيع عارية» .

وقالوا « لو لم يأمن المشتري من مطالبة البائع بالقطع بعد رضا
بالإبقاء فليستأجر الأرض ليأمن »^(١).

مذهب الحنابلة:

يرى الحنابلة كغيرهم ممن أجازوا البيع بشرط القطع: أنه لا بد من
القطع في الحال. يقول ابن قدامة في الشر « القسم الثاني: أن يبيعها بشرط
القطع في الحال فيصح بالاجماع » ويقول في الزرع « ولا يجوز بيع الزرع
الأخضر في الأرض إلا بشرط القطع في الحال كما ذكرنا في الثمرة على
الأصول »^(٢).

أما عن حكم التأخير فإن أشهر الروايات وأصحها وعليها جماهير
الأصحاب: أنه مبطل للبيع^(٣) والمقصود هنا هو بيان: هل مجرد التأخير
مبطل للبيع؟ أم أن هناك مدة محددة يجوز فيها التأخير فإن انتهت بدون
قطع بطل البيع؟

وللإجابة على هذا نقول: أن للبطلان عند الحنابلة مأخذين. فعلى
أحدهما لا يبطل البيع إلا بالتأخير إلى بدو صلاح الثمرة ، واشتداد الحب.
ويكون تأخره إلى ما قبل ذلك جائزا وهو ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب
وظاهر كلام الحرقى. وعلى المأخذ الثاني: يبطل البيع بمجرد الزيادة واختلاط
المالين إلا أنه يعفى عن الزيادة البسيطة كالיום واليومين. وقد يقال: يبدو
الصلاح يتعين انفساخ العقد من حين التأخير كما في القواعد لابن رجب

(١) حاشية الرمل على الأسنى ج٢ ص ١٠٣ ، وسيأتى تفصيل الكلام عن مدى مشروعية

إجارة الأرض كحيلة لإبقاء الزرع ، وإجارة الشجر أو إعارته كحيلة لإبقاء الثمر.

(٢) المغنى ج٤ ص ٢١٩ ، ٢٢٠ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢١٤ ، ٢١٥ ، ٢١٦ . وقد

تقدم أيضا في موقف الفقهاء من البيع بشرط القطع.

(٣) وسيأتى تفصيل المذهب عند التعرض لموقف الفقهاء صحة البيع عند الترك بعد مضي

المدة المأثرة.

ونقله عنه المرداوي في الانصاف.

هذا وما يترتب على اختلاف مأخذ البطلان اختلاف آخر مفاده على من تكون الجائحة ، وعلى من تكون الزكاة؟ فعلى أنه مجرد الزيادة: متى تلف بجائحة بعد التمكن من قطعه فهو من ضمان المشتري وهو مصرح به في المجرد والمغنى ، وتكون الزكاة على البائع قال في القواعد: بغير اشكال. وعلى أنه بدو الصلاح فيحتمل أن تكون الجائحة من ضمان المشتري أيضا لأن ملكه إنما يفسخ بعد بدو الصلاح ، وفي تلك الحال تجب الزكاة فلا تسقط بمقارنته الفسخ ، وذلك على رأى من يرى جواز اقتران الحكم وموانعه ، ويحتمل أن يكون على البائع، لأن الفسخ ببدا الصلاح استند إلى سبب سابق عليه وهو تأخير القطع. وقد يقال: ببدا الصلاح يتعين انفساخ العقد من حين التأخير.

هذا واحتمال كونه على البائع عقبة في القواعد بما يفيد أن فيه خلافا للأصحاب قال: «ثم يذكر الأصحاب فيه خلافا» بينما في الانصاف وهو ناقل عن القواعد الخلاف «ولم يذكر الأصحاب خلافه».

وقد أفاد ماتقدم مع التعليل ابن رجب وغيره. يقول ابن رجب في قواعده «وللبطلان مأخذان. أحدهما: أن تأخيره محرم لحق الله تعالى فأبطل البيع كتأخير القبض في الربويات ، ولأنه وسيلة إلى شراء الثمرة وبيعها قبل بدو صلاحها وهو محرم ، ووسائل المحرم ممنوعة ، وبهذا علل أحمد في رواية أبي طالب. والمأخذ الثاني: أن مال المشتري اختلط بمال البائع قبل التسليم على وجه لا يتميز منه فبطل به البيع كما لو تلف فان تلفه في هذه الحال يبطل البيع لزمانه على البائع» ثم ان ابن رجب ذكر ما يترتب على كل مأخذ منهما فقال «فعلى المأخذ الأول لا يبطل البيع إلا بالتأخير إلى بدو الصلاح واشتداد الحب وهو ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب وظاهر كلام

الخرقي ، ويكون تأخره إلى ما قبل ذلك جائز. وقد نص أحمد في رواية الحسن بن هواب على أنه إذا أخره حتى تلف بعاهة قبل صلاحه أنه من ضمان البائع معللاً بأن هذا نشأ في ملك البائع ونخله، فلما علل بانفصاله لملك البائع علم أن البيع لم يكن منفسخاً قبل تلفه وكان التأخير تفريطاً ولو كان المشتري رطبة أو ما أشبهها من النعناع والهندبا أو صوفاً على ظهر فتركها حتى طالت لم ينفسخ البيع لأنه لانتهى في بيع هذه الأشياء ، وهذه طريقة القاضى في المجرد ، وعلى المأخذ الثاني: يبطل البيع بمجرد الزيادة واختلاط المالين إلا أنه يعفى عن الزيادة البسيطة كالיום واليومين ، ونص على ذلك أحمد في رواية أحمد بن سعيد ولا فرق بين الثمر والزرع وغيرها من الرطبة والبقول والصوفة وهى طريقة أبى بكر عبد العزيز والقاضى فى خلافه وصاحب المغنى ، ويمثل ذلك أجاب أبو الحسن الجزري فيمن اشترى خشباً ليقطعه فتركه حتى اشتد وغلظ أن البيع ينفسخ ... وقد يقال: يبدو الصلاح يتعين انفساخ العقد من حين التأخير^(١). ويقول البهوتى فى المأخذ الثانى

(١) القواعد لابن رجب ص ١٦٨ ، القاعدة الحادية والثمانون «النماء المتصل فى الاعيان المملوكة ...» وانظر مسألة الخشب فى كشاف القناع ج ٢ ص ٢٨٤ ، ٢٨٥ ، والانصاف ج ٥ ص ٧٣ ، وفى شرح الزركشى ج ٢ ص ٥٠٢ ، ٥٠٣ «ترجم الخرقي رحمه الله المسألة: اذا ترك حتى بدا الصلاح ، وكذا القاضى وجماعة ، وكذا وقعت نصوص أحمد الذى حكم فيها بالبطان. أما نصاء اللذان حكم فيهما بالصحة فقال فيهما: إذا كبرت وزادت ، قال فى رواية ابن سعيد: لا يشتري الرطبة إلا جزءاً فإن تركها حتى تطول وتكبر كان البائع شريكاً للمبتاع فى الثمن إلا أن يكون يسيراً قدر يوم أو يومين ، وكذلك النخل ، ومن ثم استثنى ابن عقيل من كون البائع يشارك المشتري الزمان اليسير تبعاً لنص الإمام ، وقال فى رواية حنبل: إذا باعه زرعاً على أن يجزه أو نخلاً على أن يصرمه فتركه حتى زاد ، فالزيادة لا يستحقها واحد منهما ويتصدقان بها ، فقد يقال بتقرير نصوصه ، فالبطان إذا بدا الصلاح والصحة إذا لم يبدو . وفى الانصاف ج ٥ ص ٧١ ، ٧٢ «فاندتان. الأولى: للقول بالبطان مأخذان. أحدهما: أن تأخيره محرم لحق الله فالبيع باطل كتأخير القهض فى الربويات ، ولأنه وسيلة إلى شراء الثمرة وبيعها قبل بدو صلاحها ، وهو محرم ووسائل المحرم ممنوعة. المأخذ الثانى: أن مال المشتري اختلط بمال البائع قبل التسليم على وجه لا يتميز منه فيبطل به البيع كما لو تلف. فعلى الأول لا يبطل البيع إلا بالتأخير إلى بدو الصلاح واشتداد الحب وهو ظاهر كلام الإمام أحمد (=)

« لكن يعفى عن يسيرها أي يسير الزيادة عرفا كتركه القطع اليوم واليومين فلا يبطل البيع بذلك لمشقة التحرز منه »^(١)، وهل إذا قطع شيئاً قبل الزيادة يصح فيه العقد بقسطه أم لا؟ محل نظر، ومقتضى كلام الروض المربع: الثاني^(٢).

وعن الأثر المترتب على المأخذين يقول ابن رجب « وعلى المأخذ الثاني يبطل البيع بمجرد الزيادة واختلاط المالين ... ومتى تلف بحاتحة بعد التمكن من قطعه فهو من ضمان المشتري وهو مصرح به في المجرّد والمغنى فتكون الزكاة على البائع على هذا المأخذ بغير إشكال. وأما على الأول فيحتمل أن يكون على المشتري لأن ملكه إنما يفسخ بعد بدو الصلاح ، وفي تلك الحال تجب الزكاة فلا تسقط بمقارنة الفسخ على رأى من يرى جواز إقتران الحكم وممانعه ، ويحتمل أن يكون على البائع ثم يذكر الأصحاب فيه خلافاً لأن الفسخ يبدو الصلاح استند إلى سبب سابق عليه وهو تأخير القطع ، وقد يقال: يبدو الصلاح يتعين انفساخ العقد من حين التأخير » وهذا النص نقله المرادوى في الانصاف عن القواعد إلا أنه ذكر في احتمال أن تكون على البائع قوله « ... ويحتمل أن تكون على البائع ولم يذكر الأصحاب

(=) واخرى ويكون تأخيرها إلى ما قبل ذلك جائزا ... ولو كان المشتري رطبة أو ما أشبهها من النعناع والهندباء أو صوفاً على ظهر فتركها حتى طالت: لم يفسخ البيع لأنه لا نهى في هذه الأشياء ، وهذه طريقة القاضي في المجرّد. وعلى الثاني: يبطل البيع بمجرد الزيادة واختلاط المالين إلا أنه يعفى عن الزيادة اليسيرة كالיום واليومين ، ولا فرق بين الثمر والزرع وغيرها من الرطبة والبقول والصوف ، وهي طريقة أبي بكر والقاضي في خلاقه والمصنف وغيرهم » والرطبة: هو ما يرعى من الحشيش أو كل ما ترعاه الدواب ويسمى القرط والقضب. المصباح المنير ج ٢ ص ٥٠٧ ، أسنى المطالب ج ٢ ص ٩٧ ، تحفة المحتاج ج ٤ ص ٤٤٠ وحواشيه ، جواهر الاكلیل ج ٢ ص ٦٣ ، الشرح الصغير وبلغته السالك ج ٤ ص ٣٢٥ ، قليوبي وعميرة ج ٢ ص ٢٢٥ ، والهندباء بالمد والقصر مع كسر الدال المهملة قبل الباء: وهو المشهور في العرف بالبقول. قليوبي وعميرة ج ٢ ص ٢٢٥. وقد تقدم معنى البقل.

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ٢٨٤.

(٢) حاشية العنقرى علي الروض المربع ج ٢ ص ١٣٢.

خلافه...»^(١).

مذهب الابهاضية:

يرى الابهاضية أنه ان اشترى بشرط القطع جاز ويجبر المشتري على القطع فى الحال إن لم يرض البائع بالابقاء. فان رضى البائع بالابقاء جاز الترك. وظاهر كلام عبد الله بن عبد العزيز النكاري أنه يجوز للمشتري الترك ولو بلا إذن البائع؟ لكن إلى متى يكون الترك جائزا ثم إن لم يقطع انفسخ البيع؟ ثلاثة أقوال: أحدهما: ينفسخ بمضى ثلاثة أيام ، الثانى: بمضى سبعة أيام ، الثالث: لا ينفسخ حتى يطيب أي يظهر الطيب ولو فى بعضه وهو قول ابن عبد العزيز ، وعندهم قول بأن البيع لا ينفسخ مطلقا.

يقول أطفيش «... فيجبر على القطع إن لم يرض البائع بالابقاء ، وهو قول عبد الله بن عبد العزيز النكاري مستدلا بأنه لو اشترى قصيلا يقضه لدوايه قبل أن يبلغ لجاز. وظاهره أنه لا ينفسخ البيع ولو تركه بلا إذنه مالم يبلغ ، والظاهر أن الثمار عنده لا تنفسخ مالم تبلغ»^(٢) وفى النيل للشمينى «وجاز شراء قصيل لقصل فان تركه مشتره حتى مضت ثلاثة أيام فهل ينفسخ بها أو بسبعة ، أو حتى يطيب ، أو لا ينفسخ؟» قال أطفيش

(١) القواعد ص ١٦٨ ، والاتصاف ج ٥ ص ٧٢.

(٢) شرح النيل ج ٨ ص ١١١ أقول: ومسألة القصيل لما كانت واردة فى الأثر عندهم جعلوها أساسا للحكم فى الثمار والزروع ، والأثر عندهم لا يعنى ماورد عن الصحابة أو التابعين، وإنما يعنون به فى مثل هذه المواقف ما أثر عن شيوخهم. يقول الشماخى «وفى الأثر: وإذا باع الرجل ثمرا قبل أن تبلغ من أصناف الغلة كلها فان ابن عبد العزيز كان يقول: إذا لم يشترط ترك تلك الثمرة إلى أن تبلغ فان البيع جائز ، ألا ترى أنه لو اشترى قصيلا فقضه لدوايه قبل أن يبلغ لكان ذلك جائزا ، وإذا اشترى شيئا من الطلع حين يخرج فقطعه كان ذلك جائزا ، وإذا اشتراه ولم يشترط تركه فعليه أن يقطعه فإذا استأذن صاحبه فأذن له فى تركه فلا بأس بذلك» الايضاح وحاشية أبى ستة ج ٥ ص ٦١.

شارحه «وجاز شراء قصيل» أي شراء ما أريد قصله ، أي قطعه «لقصل» لقطع «فان» بيع لقطع أو بيع على الإطلاق وبيننا على جواز البيع في الإطلاق «وتركه» كله أو بعضه بلا إذن البائع «مشتريه حتى مضت ثلاثة أيام فهل يفسخ» الشراء «بها» أي بثلاثة الأيام أي بمضيها «أو» لا بل بمضى أيام «سبعة» أو لا يفسخ إلا إن تركه «حتى يطيب» أي يظهر الطيب ولو في بعضه وهو قول ابن عبد العزيز ... «أو لا يفسخ» مطلقاً؟^(١) ، وعندهم قولين آخرين في المدة غير ما تقدم قيل: أربعين يوماً ، وقيل: ثلاثين. وقيل: لا يفسخ بترك ما لا يزيد وعندهم قول بثبوت الخيار للبائع والمشتري^(٢).

خلاصة المذاهب في أهم ما تقدم عنهم في القطع ، في الحال:

أقول مما سبق في المذاهب الأربعة ، ومذهب الإباضية في شرط القطع في الحال يتضح الآتي:

أولاً : سائر هذه المذاهب أجازت التأخير.

ثانيها: الحنفية والشافعية أجازوا التأخير باذن البائع فان لم يأذن البائع أجبر المشتري على القطع ، وقال الحنفية: لا خيار للمشتري في ابطال

(١) شرح النيل ج ٨ ص ١١٩ ، ١٢٠ ، وفي الإيضاح ج ٥ ص ٦٦ «ولو اشتراه قصيلاً على أن يقطعه فهو جائز ، وإن تركه ولم ينزعه حتى مضى ثلاثة أيام فقد أنفسخ البيع ، ومنهم من يقول سبعة أيام ، ومنهم من يقول: إن تركه حتى طاب فالبيع منفسخ ومنهم من يقول: لا يفسخ ولو طال».

(٢) وفي شرح النيل ج ٨ ص ١٢٠ «وإن اشترى غلة نخل أو شجر على القطع أو باطلاق وتركها سبعة أيام ، وقيل: أربعين يوماً ، وقيل: ثلاثين ، وقيل: ثلاثة بلا إذن انفسخ ، وقيل: لا إلا إن تركها حتى طابت ، وقيل: ولو طابت لكن له قبضة ما قبل الطيب ، وإن ترك قصيلاً أو غلة باذن البائع جاز مطلقاً ولا يفسخ بترك ما لا يزيد» وفي ص ١٢١ «وإن اشترى ما يزيد وتركه فسد ... وقيل: إن البائع مخير في الاتمام والنقض فيما باع وتركه المشتري حتى زاد ، وكذا المشتري».

البيع إذا امتنع البائع عن ابقاء الثمرة على الشجر أو الزرع فى الأرض وهو قول جمهور الشافعية ، وعندهم وجه بثبوت الخيار للمشتري وهو قول للاباضية للبائع والمشتري.

والتأخير باذن البائع عندهما جائز حتى الادراك عند الحنفية ، وحتى بدو الصلاح بل إلى أوان الجذاذ عند الشافعية.

وكان هؤلاء يرون أن التأخير محرم لحق البائع فان سامح فيه فقد تنازل عن حقه ، بخلاف من رأى أن التأخير محرم لحق الله تعالى كالحنابلة ومن نحا نحوهم فى تحديد وقت إذا حلّ بطل البيع ، أو بمجرد حصول الزيادة ينفسخ البيع.

والترك باذن البائع هو قول الاباضية إلا ما ذهب إليه عبد الله بن عبد العزيز النكاري منهم إلى جواز الترك بلا إذن البائع حتى يطيب الثمر أو الزرع. وعندهم أقوال أخرى فى مدة الترك الجائزة قول بالثلاثة أيام ، وقول بالسبعة أيام ، وقول بالأربعين يوما ، وقول بالثلاثين ، وقيل: لافسخ بترك ما لا يزيد.

وذهب المالكية إلى جواز التأخير مالم تنتقل الثمرة أو ينتقل الزرع إلى طور آخر غير الطور الذي تم البيع عنده.

وذهب الحنابلة إلى جواز التأخير إلى ما قبل بدو الصلاح وهو ظاهر كلام أحمد والخرقي . وفى رواية إلى ما قبل حصول زيادة فى الثمر والزرع. والأمر عند المالكية والحنابلة لاصلة له برضا البائع أم عدم رضاه. أصله: أن التأخير محرم لحق الله تعالى.

ثالثا: يرى جمهور الشافعية أنه إن اتفق عدم القطع مع عدم سماح البائع بالابقاء حتى مضت مدة لمثلها أجرة وجبت الأجرة إذا كان البائع قد

طالب المشتري بالقطع وهو قول الخوارزمي وهو الأصح فإن لم يطالبه فلا أجره. بينما ذهب القفال وبعضهم إلى عدم وجوب أجره مطلقا. والقول بالأجرة وجه لبعض أصحاب الامام أحمد كما «فى الأنصاف ج ٥ ص ٧٠» واختاره ابن بطة منهم على القول بلزوم البيع ففى الانصاف السابق ص ٧٣ «وقيل البيع لازم ، والكل للمشتري ، وعليه الأجرة اختاره ابن بطة» وذكره ابن رجب فى القواعد ص ١٧٠ ، ١٧١ .

وقال الشافعية هنا أيضا: إذا لم يأمن المشتري من مطالبة البائع بالقطع بعد رضاه بالابقاء فليستأجر الأرض من المطالبة بالقطع.

رابعاً: هل ينفسخ البيع إذا لم يقطع المشتري حتى مضى التوقيت المسموح به فى كل مذهب؟ التجاهان.

الاتجاه الأول: البيع صحيح ولا يبطل وهو قول أكثر الفقهاء.

الاتجاه الثانى: البيع يبطل وهو قول بعض المذاهب ، وقول عند البعض الآخر وهذا مااستكلم عنه فى الفصن التالى.

الفصل الثالث

موقف الفقهاء من أثر التأخير على صحة البيع وحكم الزيادة

علمنا مما تقدم فى الفصل الثانى أن بعض المذاهب أجازت التأخير مطلقا برضا البائع ، والبعض أجاز التأخير لمدة محددة ، أو حدث معين وهو حصول الزيادة فما هو حكم البيع حينئذ ؟ وما هي الآثار المترتبة على القول بالبطلان ، أو القول بالصحة ؟.

أولا: حكم البيع عند تأخير القطع :

للفقهاء فى حكم البيع إذا أخر المشتري القطع اتجاهان.

الاتجاه الأول: البيع صحيح ولا يبطل وهو قول أكثر الفقهاء . الحنفية ، والشافعية ، وقول للاباضية^(١) ، ورواية عن الامام احمد^(٢).

الاتجاه الثانى: أنه بمضى الوقت الجائز للتأخير دون قطع بطل البيع ويفسخ وبه قال المالكية^(٣) وقول للاباضية ومن قال به عبد الله بن عبد

(١) انظر نصوصهم وما تقدم عنهم فى الفصل الثانى السابق فى الشرط السابع ، وكون هذا القول هو لأكثر الفقهاء . ذكره ابن قدامة ، إذ يقول عند اختلاف الرواية عن احمد فى هذه المسألة «ونقل أحمد بن سعيد أن البيع لا يبطل وهو قول أكثر الفقهاء» . المغنى ج٤ ص ٢٢١ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٤٢ : ٢٤٤ ، ويقول عند تقرير رواية الصحة «وهذا فيما إذا لم يقصد وقت الشراء تأخير ، ولم يجعل شراؤه بشرط القطع حيلة على المنهى عنه من شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ليركها حتى يبدو صلاحها ، فأما إن قصد ذلك فالبيع باطل من أصله لأنه حيلة محرمة . وعند أبى حنيفة والشافعى لاحكم لقصد البيع صحيح قصد أو لم يقصد ، وأصل هذا الخلاف فى تحريم الحيل» . المغنى ج٤ ص ٢٢٢ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٥٠ : ٢٥٢ .

(٢) فى الانصاف ج٥ ص ٧٣ «وقيل: البيع لازم ، والكل للمشتري ، وعليه الأجرة اختاره ابن بطة» . وسنذكر مذهب الحنابلة بالتفصيل فى الاتجاه الثانى حيث كثر الكلام والتفرع فيه ، مع اختلاف الطرق إذ عندهم عن الامام احمد أربع روايات أشهرها ما ذكرناه هنا .

(٣) انظر نصوصهم فى الشرط السابع من الفصل الثانى السابق .

العزیز النکاری^(١) وهو أصح الروایات عن الامام أحمد ولفهم مذهب الحنابلة رأیت أن أفهمه على الوجه الآتی من واقع كتبهم. فأقول: ان فقهاء المذهب الحنبلى لهم طرق مختلفة فى فهم الروایات الواردة عن الامام أحمد حتى هذه اختلفوا فيها. فالمردای فى الانصاف ذكر أربع روایات عنه ، وغيره ذكرها ثلاث ، وابن قدامة ، والزركشي فى شرحه تأولا ماورد عن الامام فى روایتين فقط ، وذكره ابن رجب فى قواعد عن بعض الأصحاب.

وبعضهم كابن رجب فى القواعد ، والمردای فى الانصاف ، والزركشي فى شرحه ، هؤلاء حددوا مأخذ البطلان ، وينوا على هذا المأخذ متى يؤدي التأخير عن القطع إلى البطلان ، ومتى لا يؤدي إليه. وقد سبق ذكره.

فأصل المسألة بناء على هذا هو الروایات الواردة عن الامام أحمد.

قال الخرقى كما فى المغنى وشرح الزركشي «فان تركها حتى يبدو صلاحها بطل البيع» وفى متن المقنع مع الانصاف «وان شرط القطع ثم تركه حتى بدا صلاح الثمرة ، وطالت الجزة ، وحدثت ثمرة أخرى فلم تتميز ، أو اشترى ثمرة ليأكلها رطباً فأثمرت بطل البيع» . قال المرادای شارحاً «شمل الكلام قسمين. أحدهما: إذا حدثت ثمرة أخرى قبل القطع ولم تتميز من المبيع. الثانى: ما عدا ذلك». ثم إن المرادای حصر الروایات فيما عدا حدوث ثمرة أخرى قال «فان كان ما عدا حدوث ثمرة أخرى فالصحيح من المذهب بطلان البيع كما قال المصنف وعليه أكثر الأصحاب ، ونص عليه ... الخ» وصرح ابن قدامة باختلاف الرواية عن أحمد ، فقال «اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها ... الخ».

أقول: وهذه الروایات كالاتى:

(١) انظر نصوصهم فى الشرط السابع من الفصن الثانى السابق.

الرواية الأولى: البيع باطل وهذه الرواية نقلها حنبل وأبو طالب عن الامام. وقال القاضى: هى أصح كما فى المغنى والشرح^(١).

وقال الزركشي فى شرحه: هذا هو المذهب المنصوص والمختار من الروايات للأصحاب. الخرقى وأبى بكر وابن أبى موسى والقاضى وأصحابه وغيرهم أ.هـ.

وفى الأنصاف: فان كان ماعدا حدوث ثمرة أخرى فالصحيح من المذهب بطلان البيع كما قال المصنف وعليه أكثر الأصحاب، ونص عليه.

قال فى الفروع: فسد العقد فى ظاهر المذهب. قال فى القواعد الفقهية: هذه أشهر الروايات. قال القاضى: هذه أصح. واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله وهو من مفردات المذهب^(٢) ويقول ابن رجب فى قواعد «إذا اشترى قصبلا بشرط القطع فتركه حتى سنبل واشتد ، أو ثمرًا ولم يبد صلاحه بشرط القطع فتركه حتى بدا صلاحه ، فهل يبطل البيع بذلك أم لا؟ فيه روايتان ، أشهرهما أنه يبطل وهو اختيار الخرقى ، وأبى بكر ، وابن أبى موسى ، والقاضى ، والأكثرين».

الرواية الثانية: أن البيع لا يبطل قال فى المغنى والشرح: وهو قول أكثر الفقهاء وفى الأنصاف: قال فى الحاوي: كما لو أخره لمرض. ورده فى

(١) ونقلها العمرانى الشافعى فى البيان ص ١٥٣ «إذا اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع فلم يقطعها حتى بدا صلاحها: لم يبطل البيع. وقال أحمد رحمه الله عليه فى أصح الروايتين يبطل وتعود الثمرة بزيادتها إلى البائع».

(٢) وذكر المرادوي أيضا: قال الزركشي: هذا المذهب المنصوص ، والمختار للأصحاب وصححه فى التصحيح والخلاصة وجزم به فى الوجيز وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ومنتخب الأذهى وغيرهم ، واختاره الخرقى ، وأبو بكر ، وابن أبى موسى ، والقاضى وأصحابه وغيرهم ، وقدمه فى الكافى ، والهادي والمحرر ، والرعابيتين ، والحاويين والفائق ، وقال: اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله ، وهو من مفردات المذاهب ، الأنصاف ج ٥ ص ٦٩.

القواعد^(١) وقال: هو مخالف نصوص أحمد ، ثم قال « لو قال مع ذلك
بوجوب الأجرة للبائع إلى حين القطع لكان أقرب » ووجوب الأجرة هو الأصح
في مذهب الشافعية كما مر.

الرواية الثالثة: نقلها عنه أبو داود فيمن اشترى قصيلا فمرص ،
أو توابا حتى صار شعيرا قال: إن أراد به حيلة فسد البيع وإلا لم يفسد.
ذكره في المغنى والشرح. وقال الزركشي في شرحه عن هذه الرواية: الرواية
الثالثة: نقلها أبو طالب: إن قصد الحيلة فسد البيع. وقال ابن رجب في
قواعده: ونقل أبو طالب عن أحمد فيما إذا تركه حتى صار شعيرا إن أراد
حيلة فسد البيع. وهذه الرواية الثالثة قال فيها ابن قدامة « والظاهر أن هذه
ترجع إلى ما نقله ابن سعيد فانه يتعين حمل ما نقله أحمد بن سعيد في صحة
البيع على من لم يرد حيلة ، فان أراد الحيلة وقصد بشرط القطع الحيلة على
إبقائه لم يصح بحال إذ قد ثبت من مذهب أحمد أن الحيل كلها باطلة.

وقال الزركشي في شرحه: وقد اختلف الأصحاب في هذه الرواية والتي
قبلها فأثبتها ابن عقيل وغيره ، وتأول الثالثة شيخه فقال: معناها: ما إذا
لم يقصد الحيلة وهو أسهل يعنى أنه لا يائمه ، وإن قصد الحيلة أثم ، قال:
وإلا فهما يتفقان في حكم الصحة والبطالان ، إذ ما يبطل العقد لا فرق فيه
بين القصد وعدمه.

قال: فمحصل المذهب فيه روايتان ، وأبو محمد - يعنى ابن قدامة -
تأول الثانية على ما إذا لم يقصد الحيلة ، ومع القصد يبطل البيع عنده رواية
واحدة ، ومحل الخلاف عنده مع عدم القصد ، وطريقته أخص الطرق ، كما
أن أعم الطرق طريقة ابن عقيل.

ويقول ابن رجب في قواعده عن هذه الرواية: فمن الأصحاب من جعل

(١) أي ابن رجب في القواعد الفقهية في ص ١٦٩ ، ١٧٠.

هذه رواية ثابتة بالبطلان مع قصد التحيل على شراء الزرع قبل اشتداده للتبعية كابن عقيل فى التذكرة. ومنهم من قال: بل متى تعمد الحيلة فسخ البيع من أصله ولم ينعقد بغير خلاف ، وإنما الخلاف فيما إذا لم يقصد الحيلة ثم تركه حتى بدا صلاحه كصاحب المغنى. ومنهم من قال: قصد الحيلة إنما يؤثر فى الاثم لافى الفساد وعدمه ، وهى طريقة القاضى.

وفى الانصاف: وعنه يبطل بقصد الحيلة ذكرها جماعة منهم ابن عقيل فى التذكرة ، والفخر فى التلخيص ، قال بعض الأصحاب: متى تعمد الحيلة فسد البيع من أصله ولم ينعقد بغير خلاف.

وما حكى عن ابن قدامة صحيح فقد قال فى المغنى «... وهذا فيما إذا لم يقصد وقت الشراء تأخيرها ولم يجعل شراؤه بشرط القطع حيلة على المنهى عنه من شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ليتركها حتى يبدو صلاحها ، فأما إن قصد ذلك فالبيع باطل من أصله لأنه حيلة محرمة».

الرواية الرابعة: وهذه الرواية ذكرها المرداوى فى الانصاف بقوله «وعنه يبطل البيع إن أخره بلا عذر».

هذه هى الروايات الواردة عن الامام أحمد وأشهرها فى حكم مالى اشترى ثمرا ، أو زرعاً لم يبد صلاحه على شرط القطع وتركه حتى بدا صلاحه.

والرطوبة اذا طالت والزرع الأخضر إذا سنبل حكمه حكم الثمر فيما تقدم. قال ابن قدامة بعد ذكر حكم الثمر «وكذلك الحكم فى الرطوبة إذا طالت والزرع الأخضر إذا أوجن».

وعدم البطلان هو رواية عن أحمد أيضاً. جاء فى الانصاف «وعنه: إذا ترك الرطوبة حتى طالت لم يبطل البيع. ذكره الزركشى». بل إن الزركشى نبّه

على أن الخيار والقشاء ونحوهما من الزرع الذى تتلاحق ثماره حكمه هنا حكم الثمر. قال فى شرحه « تنبيه: حكم بيع الخيار ونحوه ، والرطبة ونحوها إذا بيع بشرط القطع ثم ترك حتى طالت الجزمة أو حدثت ثمرة أخرى ولم يتميزا -حكم بيع الثمرة قبل بدو صلاحها إذا بيعت بشرط القطع ثم تركت حتى بدا صلاحها على ماتقدم. قال غير واحد: ونص أحمد وقع فى رواية ابن سعيد فى الرطبة إذا تركها حتى طالت بالصحة ، وأظن أن ذلك وقع لابن عقيل أيضا. » وهى طريقة من قال: أنه لانسخ إلا يبدو الصلاح قانه لا يفسخ بمجرد الزيادة وهى طريقة القاضى فى المجرّد كما سيأتى.

ولما كانت رواية البطلان هى الأصح وعليها الأكثر فإن البهوتى فى كشفه لم يذكر غيرها قال « وان شرط القطع » أي باع الثمرة قبل بدو صلاحها ، والقشاء ونحوها الظاهرة بشرط القطع فى الحال « ثم أخره » أي القطع « حتى بدا صلاح الثمرة » أو اشتد الحب « أو طالت الجزمة » الرطبة ونحوها ، أو كبرت اللقطة من القشاء ونحوها ... أو آخر الزرع الأخضر إذا اشتراه بشرط القطع « حتى اشتد » الزرع « بطل البيع » فيما ذكر « بمجرد الزيادة » أ.هـ. وهو قد أخذ بطريقة أبى بكر عبد العزيز ، وابن قدامة ، والقاضى فى خلافه.

لكن طريقة القاضى فى المجرّد ، عدم انفساخ البيع فى الرطبة والخيار ونحوهما بمجرد الزيادة.

وحجته: أنه لانتهى فى بيع هذه الأشياء. جاء فى الانصاف « ولو كان المشتري رطبة أو ما أشبهها من النعناع ، والهندبا ، أو صوفا على ظهر فتركها حتى طالت: لم يفسخ البيع ، لأنه لانتهى فى بيع هذه الأشياء ، وهذه هى طريقة القاضى فى المجرّد . وفى القواعد « ولو كان المشتري رطبة أو ما أشبهها من النعناع والهندبا أو صوفا على ظهر فتركها حتى طالت لم

ينفسخ البيع لأنه لانتهى فى بيع هذه الأشياء ، وهذه طريقة القاضى فى المجرّد .

وهى أنه لافسخ إلا يبدو الصلاح كما تقدم .

أما على طريقة من قال بالفسخ بمجرد الزيادة فإن البيع ينفسخ وهى طريقة أبى بكر عبد العزيز ، والقاضى فى خلافه وصاحب المغنى . كما فى القواعد والانصاف .

والمشهور عند الحنابلة فى العرية إذا تركت حتى صارت تمرا هو البطلان لأن بيع العرايا إنما جاز للحاجة إلى أكل الرطبة فإذا أثمر تبينا عدم الحاجة سواء كان الترك لعذر أو لا . ففى الروض المربع « أو اشتري رطباً عرية فتركها فأثمرت أى صارت تمرا بطل البيع لأنه إنما جاز للحاجة إلى أكل الرطب فإذا أثمر تبينا عدم الحاجة سواء كان الترك لعذر أو لا » وفى القواعد لابن رجب « وحكم العرايا إذا تركت فى رؤوس النخل حتى أثمرت حكم الثمر إذا ترك حتى بدو صلاحه عند القاضى وأكثر الأصحاب » وفى كشاف القناع « أو اشتري عرية ليأكلها رطباً بشروطها ، فأخر أخذها حتى أثمرت أى صارت تمراً ... بطل البيع بمجرد الزيادة » . لكن فى الفروع كما فى الانصاف : أنه إن ساوى التمر المشتري به : صغ ، والمختار فى الفائق ثبوت الخيار للبائع ليفسخ « ووجه فى الفروع فيما إذا باعه عرية فأثمرت : إن ساوى التمر المشتري به : صغ ، وقال فى الفائق : والمختار ثبوت الخيار للبائع ليفسخ » (١) .

(١) أنظر للحنابلة فيما ذكرناه عنهم : شرح الزركشى ج٢ ص ٤٩٧ ، ٥٠٣ ، ٥١٠ ، ٥١١ ، الانصاف ج٥ ص ٦٩ : ٧٢ ، القواعد لابن رجب ص ١٦٨ : ١٧١ ، القاعدة الحادية والثمانون « النماء المتصل فى الأعيان المملوكة ... » ، كشاف القناع ج٣ ص ٢٨٤ ، الروض المربع ج٢ ص ١٣٢ ، المغنى ج٤ ص ٢١٩ : ٢٢٢ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٤٢ : ٢٤٤ ، ص ٢٥٠ : ٢٥٢ .

وننتقل الآن إلى أدلة الاتجاهين.

الأدلة:

دليل الاتجاه الأول: استدل من قال بصحة البيع بالآتي:

قال ابن قدامة: ونقل أحمد بن سعيد أن البيع لا يبطل وهو قول أكثر الفقهاء لأن أكثر ما فيه أن البيع اختلط بغيره فأشبهه مالو اشترى ثمرة فحدثت ثمرة أخرى ولم تتميز ، أو حنطة قانشالت عليها أخرى ، أو ثوبا فاختلط بغيره^(١) ومعلوم مما سبق أن الجواز عند الحنابلة مشروط بما إذا لم يقصد وقت الشراء تأخير ، ولم يجعل شراؤه بشرط القطع حيلة على المنهي عنه من شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ليتركها حتى يبدو صلاحها ، فأما إن قصد ذلك فالبيع باطل من أصله لأنه حيلة محرمة. أما الحنفية والشافعية فلا حكم لقصد البيع صحيح قصد أو لم يقصد ، وأصل هذا الخلاف في تحريم الحيل^(٢).

ويقول الزركشي: والرواية الثانية لا يبطل البيع نظرا إلى أن المبيع بحاله ، وغاية الأمر أنه انضاف إليه غيره ، وذلك لا يقتضي البطلان بدليل مالو اشترى حنطة فاختلطت بأخرى ولم تتميز . والثالثة: نقلها أبو طالب إن قصد الحيلة فسد البيع لمقارنة النهي للعقد إذا ، وإن لم يقصد الحيلة لم يفسد لخلو العقد عن النهي ظاهرا أو باطنا^(٣).

ويقول العمراني الشافعي «إذا اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع فلم يقطعها حتى بدا صلاحها: لم يبطل البيع ... دليلنا: أن المبيع بحاله ، وإنما طرأت عليه زيادة لا تبطل العقد كما لو اشترى عبدا صغيرا

(١) المغنى ج٤ ص ٢٢١ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٤٢ : ٢٤٤ .

(٢) المصدرين السابقين المغنى ص ٢٢٢ ، والشرح ج٤ ، ص ٢٥٠ : ٢٥٢ .

(٣) شرح الزركشي ج٢ ص ٤٩٩ ، ٥٠٠ .

فكبر أو هزىلا فسمن»^(١).

دليل الاتجاه الثانى: استدل من قال بالبطلان بالآتى:

١- أن النبى - ﷺ - نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فاستثنى منه ما اشتراه بشرط القطع فقطعه بالاجماع فيبقى ما عداه على أصل التحريم^(٢).

وقال الزركشى: لعموم نهيه - ﷺ - عن بيع الثمرة حتى تزهر. خرج منه صورة اشتراط القطع وفعله عقب العقد بما هو كالاجماع فيبقى فيما عداه على مقتضى النهى^(٣).

٢- أن صحة البيع تجعل ذلك ذريعة إلى الحرام قال الزركشى: والمعتمد فى المسألة سد الذرائع فانه قد يتخذ اشتراط القطع حيلة ليسلم له العقد ، وقصده الترك. والذرائع معتبرة عندنا فى الأصول ، وقد عاقب الله سبحانه وتعالى أصحاب السبت بما عاقبهم به لما نصبوا الشباك يوم الجمعة ، حيلة على الصيد بها يوم السبت ، وعاقب أصحاب الجنة بما عاقبهم لما قصدوا حرمان الفقراء ، والتحيل على اسقاط حق الله سبحانه ، ونهى سبحانه عن سب الآلهة التى تدعى من دون الله لئلا يكون ذلك ذريعة إلى سب الله جل وعلا بقوله ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾^(٤). وامتنع النبى - ﷺ - من قتل المنافقين حذرا من أن يقال: أن محمدا يقتل أصحابه ، ومنع - ﷺ - سائق الهدى أن يأكل منه هو أو أحد من رفقته إذا عطب دون محله ، حذرا من أن يقصر فى علفه ويفرط فيه. ومنع القاتل من الارث ، لئلا يتخذ ذلك وسيلة

(١) البيان ص ١٥٣.

(٢) المغنى ج٤ ص ٢٢١ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٤٢ : ٢٤٤.

(٣) شرح الزركشى ج٣ ص ٤٩٧.

(٤) سورة الأنعام جزء من الآية: ١٠٨.

إلى تعجيل الميراث. وأمر عمر بقتل الجماعة بالواحد ، سدا للذريعة أيضا . قال الزركشي: وأدلة هذا الأصل كثيرة ، وقد عمل إمامنا على ذلك فى كثير من المسائل^(١).

ويقو البهوتى «لأن صحة ذلك يجعل ذريعة إلى الحرام ، ووسائل الحرام حرام كبيع العينة ، وقد عاقب الله تعالى أهل السبب بصنيعهم»^(٢).

وعبارة المغنى والشرح «ولأن صحة البيع تجعل ذلك ذريعة إلى شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ، وتركها حتى يبدو صلاحها ، ووسائل الحرام حرام كبيع العينة»^(٣).

٣- أن التبقية معنى حرم الشرع اشتراطه لحق الله تعالى فأبطل العقد وجوده كالنسيئة فيما يحرم فيه النساء ، وترك التقابض فيما يشترط فيه القبض ، أو الفضل فيما يجب التساوى فيه^(٤) وعبارة الزركشي «ولأنه أخر قبضا مستحقا لله تعالى فأبطل العقد كتأخير قبض رأس مال السلم والصرف»^(٥).

٤- أن مال المشتري اختلط بمال البائع قبل التسليم على وجه لا يتميز منه فبطل به البيع كما لو تلف.

جاء فى الانصاف فى هذا الدليل والذي قبله «فائدتان. الأولى: للقول بالبطلان مأخذان. أحدهما: أن تأخيره محرم لحق الله فالبيع باطل كتأخير القبض فى الربويات ، ولأنه وسيلة إلى شراء الثمرة وبيعها قبل بدو

(١) شرح الزركشى السابق ص ٤٩٨ ، ٤٩٩ ، وانظر فى قاعدة سد الذرائع وتحريم الحيل

اعلام الموقعين ج٣ ص ١٣٥ : ٤٠٣ ، ج٤ ص ١ : ٢١٧ .

(٢) كشاف القناع ج٣ ص ٢٨٤ ، الروض المربع ج٢ ص ١٣٢ .

(٣) المغنى ج٤ ص ٢٢١ ، الشرح الكبير ج٤ ص ٢٤٢ : ٢٤٤ .

(٤) المغنى والشرح السابقين .

(٥) شرح الزركشى ج٣ ص ٤٩٧ .

صلاحها ، وهو محرم ووسائل المحرم ممنوعة. المأخذ الثانى: أن مال المشتري اختلط بمال البائع قبل التسليم على وجه لا يتميز منه فبطل به البيع كما لو تلف» (١).

وجاء فى القواعد «وللبطلان مأخذان. أحدهما: أن تأخير محرم لحق الله تعالى فأبطل البيع كتأخير القبض فى الرويات. ولأنه وسيلة إلى شراء الثمرة وبيعها قبل بدو صلاحها وهو محرم ، ووسائل المحرم ممنوعة ، وبهذا علل أحمد فى رواية أبى طالب. والمأخذ الثانى: أن مال المشتري اختلط بمال البائع قبل التسليم على وجه لا يتميز منه فبطل به البيع كما لو تلف فان تلفه فى هذه الحال يبطل البيع لضمانه على البائع» (٢).

٥- قال الشماخى من الاباضية مستدلا للقول بالبطلان فى مذهبه «وانما انفسخ البيع على الأقوال الأولى (٣) لأنه قد خالف ما عليه الاتفاق

(١) الانصاف ج ٥ ص ٧١.

(٢) القواعد لابن رجب ص ١٦٨. القاعدة الحادية والثمانون «النماء المتصل فى الأعيان المملوكة...» وكما سبق عند المناهضة فى الشرط السابع فى الغصن السابق. أنه على المأخذ الأول لا يبطل البيع إلا بالتأخير إلى بدو الصلاح واشتداد الحب وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية أبى طالب وظاهر كلام الحرقى ويكون تأخره إلى ما قبل ذلك جائز ، وقد نص أحمد فى رواية الحسن بن هرواب على أنه إذا أخره حتى تلف بعاهة قبل صلاحه أنه من ضمان البائع معللا بأن هنا نشأ فى ملك البائع ونخله ، فلما علل بانفصاله لملك البائع علم أن البيع لم يكن منفسخا قبل تلفه وكان التأخير تغيرطا. ولو كان المشتري رطبة أو ما أشبهها من النعناع والهندبا أو صوفنا على ظهر فتركها حتى طالت لم ينفسخ البيع لأنه انتهى فى بيع هذه الأشياء ، وهذه طريقة القاضى فى المجرى. وعلى المأخذ الثانى يبطل البيع بمجرد الزيادة واختلاط المالكين إلا أنه يعفى عن الزيادة البسيطة كاليوم واليومين ، ونص على ذلك أحمد فى رواية أحمد بن سعيد ، ولا فرق بين الثمر والزروع وغيرهما من الرطبة والبقول والصوفة ، وهى طريقة أبى بكر عبد العزيز والقاضى فى خلافه وصاحب المغنى ويمثل ذلك أجاب أبو الحسن الجزري فيمن اشترى خشبا ليقطعه فتركه حتى اشتد وغلظ أن البيع ينفسخ. وانظر. القواعد السابق لابن رجب والانصاف ج ٥ ص ٧١ ، ٧٢ ، ٧٣ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٢٨٤ ، ٢٨٥.

(٣) معنى بالأقوال الأولى: الأقوال الواردة فى المدة عند القائلين بالفسخ وقد تقدمت فى الشرط السابع من الغصن الثانى السابق.

بينهما ، وتحديد الثلاثة الأيام والسبعة فيما يوجبه النظر مقدار ما تزيد فيه الغلة ويتبين زيادتها ، وتلك الزيادة لم تدخل فى البيع ولذلك ففسخوه ، وكذلك جميع الغلات إذا اشتراها قبل أن تدرك على أن يقطعها»^(١).

أقول: أى أنه لما كان الاتفاق على القطع ، والمشتري قد خالف هذا الاتفاق فهذه المخالفة توجب فسخ العقد ، وكل مدة عند من قال بها كافية عنده فى زيادة المبيع ، وهذه الزيادة لم تدخل فى البيع فأوجبت فسخ البيع وهكذا فى سائر الغلات من الثمر والزروع.

الراجع:

والباحث يرى رجحان ما ذهب إليه الاتجاه الأول لكن على طريقة الحنفية والشافعية ومن وافقهم من الاباضية من صحة البيع بعد الظهور وقبل بدو الصلاح على القطع وعدم فسخه إن حصل الابقاء برضا البائع بعد اشتراط القطع ، لأن النهي عن بيع الثمار والزروع مفردة قبل بدو الصلاح إنما كان لقطع دابر النزاع وتجنب الخصومات التى قد تنشأ عن هذا البيع ، وكل ذلك قد قطع بالرضا على الابقاء ، وقد وقع العقد صحيحا بشرط القطع فالأولى الابقاء عليه صحيحا.

أما إذا لم يرض البائع بالابقاء فانه يجبر المشتري على القطع ولاخيار له فى الفسخ ، فان أبقاه حتى مضت مدة لمثلها أجرة مع مطالبة البائع له بالقطع وجبت الأجرة كما هو الأصح فى مذهب الشافعية وعلى المشتري الاثم بعدم القطع أما القائلون بالبطلان فقد اعتمدوا على القصد فى التحيل ، والقصد يتعلق بالنيات ولا علم لنا بها فلا نأخذ الناس بالتهمة.

(١) الايضاح وحاشيته ج ٦ ص ٦٦.

ثانياً: الأثر المترتب على القول بالصحة ، والقول بالبطلان :

أ- الأثر المترتب على القول بالصحة ، حكم الزيادة في عين المبيع :

إن من أهم الآثار المترتبة على القول بصحة البيع وعدم فسخه هو معرفة حكم الزيادة في الثمرة أو الزرع والتي حصلت بسبب الترك. والمقصود هنا هو الزيادة المتصلة أعني الزيادة في ذات الثمرة^(١).

مذهب الحنفية :

الناظر في نصوص الحنفية في حكم هذه الزيادة ، وهي نصوص كثيرة منها ما هو متحد في اللفظ ، ومنها ما هو مختلف يخرج بالآتي: أن الثمرة إما أن تكون لم تتناه في العظم ، وإما أن تكون قد تناهت وفي كل إما أن يكون الترك باذن البائع ، وإما بغير إذنه.

١- فإن ترك الثمرة التي لم تتناه على الشجر باذن البائع جاز وطاب له الفضل أعني طاب له الزيادة وهي ما زاد في ذات المبيع لأنها حصلت بطريق مباح. أما إن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته على ما كان عند العقد لأن الزيادة حصلت بجهة محظورة هي غصب الأرض والشجر ، فأوجب خبثاً فيها فكان سبيلها التصديق.

وتعرف الزيادة بالتقويم ، فتقوم بيوم البيع ثم بيوم الإدراك ، وما تفاوت بينهما يكون زائداً فيتصدق به ، أي يتصدق بفضل ما بينهما . وطريقة التقويم هذه ذكرت في الدر المنتقى ، ومجمع الأنهر ، وشرح العناية ، وحاشية ابن عابدين.

٢- فإن كان قد تناهى عظم الثمر ولم يبق إلا النضج لم يتصدق بشيء

(١) أما الزيادة في غير عين الثمرة التي وقع عليها البيع كحدوث ثمرة أخرى فسيأتي حكمها إن شاء الله في بيع ما يثمر بطونا.

سواء ترك باذن البائع أو بغير إذنه ، لأنه لايزداد بعد التناهى وإنما يتغير إلى حال النضج ، أى هذا تغير حاله من النبى إلى النضج وهو لا يحقق زيادة فى الجسم لأن الثمرة إذا صارت بهذه المثابة لايزاد فيها من ملك البائع بغير إذنه شئ ، بل الشمس تنضجها ، والقمر يلونها ، وسائر الكواكب تعطيها أو تكسبها الطعم بتقدير الله تعالى.

نعم عليه إثم غصب المنفعة يتعلق به لابلعين المبيعة باثبات خبث فيها كما فى شرح فتح القدير ، وحاشية ابن عابدين^(١).

ونقل ابن قدامة عن محمد بن الحسن أنهما يتصدقان بالزيادة لأن عين المبيع زاد بجهة محظورة^(٢).

مذهب الشافعية:

يرى الشافعية أن الثمرة والزرع كله للمشتري وليس للبائع شئ قياسا على كبر العبد الصغير إذ هى زيادة متصلة. إلا أنه فى حالة عدم رضا البائع بالابقاء ، فانه تجب الأجرة على المشتري إن كانت مدة الابقاء

(١) قال فى الهداية «ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل ، وإن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد فى ذاته لحصوله بجهة محظورة. وإن تركها بعد ما تنهى عظمها لم يتصدق بشئ لأن هذا تغير حالة لا تحقق زيادة» قال فى شرح العناية «ولو اشترى الثمرة التى لم يتناه عظمها ولم يشترط الترك وتركها فإن كان باذن البائع طاب له الفضل وإن كان بغير إذنه تصدق بما زاد فى ذاته بأنه يقوم ذلك قبل الادراك ويقوم بعد ، ويتصدق بفضل ما بينهما لأن ما زاد حصل بجهة محظورة وهى حصولها بقوة الأرض المفصولة ، وإذا تركها بغير إذنه بعد ما تنهى لم يتصدق بشئ لأن هذا تغير حاله من النبى إلى النضج لا تحقق زيادة فى الجسم فإن الثمرة إذا صارت بهذه المثابة لايزاد فيها من ملك البائع بغير إذنه شئ بل الشمس تنضجها والقمر يلونها ، والكواكب تعطيها الطعم» الهداية وشرح العناية ج ٥ ص ٤٨٩ ، ٤٩٠ ، وانظر . شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٠ ، ٤٩١ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٣ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤١ ؛ الاختيار ج ٢ ص ٦ ، تبين الحقائق وحاشية الشلبى ج ٤ ص ١٢ ، الدر المنتقى ومجمع الأنهر ج ٢ ص ١٧ ، ١٨ ، شرح الكفاية على الهداية ج ٥ ص ٤٩٠.

(٢) المغنى ج ٤ ص ٢٢٢ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٢٤٧ وما بعدها.

لمثلها أجرة وكان البائع قد طالبه بالقطع ، وهو الأصح فى مذهب الشافعية خلافا للفقهاء وبعضهم: أنه لا تجب أجرة ، والشجرة أمانة فى يد المشتري لتعذر تسليم الثمرة بدونها ومن ثم فلا ضمان على المشتري فيها. ولم أر للشافعية شيئا عن التصديق. وفى حالة رضا البائع بالبقاء لا إثم على المشتري بعدم القطع وفى حالة عدم الرضا يآثم المشتري^(١).

مذهب الحنابلة: ومن وافقهم:

علمنا مما تقدم عن الحنابلة أن هناك رواية عن الامام احمد بصحة البيع وحملها بعض الأصحاب كابن قدامة على عدم قصد التحيل.

والمقصود بالزيادة هنا هي الزيادة فى ذات المبيع ولهم فى حكمها أقوال تبعا لتعدد الروايات عن الامام احمد. وأشهرها ثلاث روايات.

الرواية الأولى: قال ابن قدامة: وأما إن حكمنا بصحة العقد. فقد روى أنهما شريكان فى الزيادة. ويقول المرداوي: وعنه رواية ثانية فى أصل

(١) أنظر الأم ج٢ ص ٨٤ مجلد ٢ ، أسنى المطالب وحاشية الرملي ج٢ ص ١٠٣ ، ١٠٤ ، تحفة المحتاة وحاشية الشرواني وحاشية العبادى ج٤ ص ٤٦١ ، شرح جلال المحلي وحاشية قليوبى وحاشية عميرة ج٢ ص ٢٣٣ ، وقد سبقت نصوصهم فى الشرط السابع « أن يقطع الثمر والزرع فى الحال »

وأبضا لو اشترى أصل الزرع كنحو البطيخ والباذنجان والقشاء بشرط القطع ولم يقطع حتى ظهر الحمل فانه للمشتري. وفى الروضة ج٢ ص ٢١٣ « ولو باع الأصول قبل خروج الحمل فلا بد من شرط القطع والقلع كالزرع الأخضر ، وإذا شرط ثم اتفق بقاؤه حتى خرج الحمل فهو للمشتري » وفى الأسنى ج٢ ص ١٠٥ « إن باع الأصل قبل أن يثمر كالزرع الأخضر فانه يشترط القطع أو القلع أى يشترط أحدهما ، فلو باعه كذلك فاتفق بقاؤه حتى خرج الثمر فهو للمشتري ، صرح بذلك فى الأصل ، وأطلق الشجر على أصول البطيخ ونحوه وفى ذلك تسامح » وأقول: إنما الثمرة حينئذ للمشتري لأنها نمت فى ملكه ، أما إذا كانت موجودة عند الشراء فما أبر منها للبائع وما لم يؤثر للمشتري. وهذا موضوعه بحث « مدى التبعية » ، وسيأتى فى حكم بيع القصيل أن من الشافعية من وضع ضابطا للزيادة فى القصيل مفاده أنه إن كان الشراء بشرط القطع كانت الزيادة للبائع ، وإن كان بشرط القلع كانت للمشتري.

المسألة: لا يبطل البيع ويشتركان في الزيادة. قال في الحاويين: وهو الأقوى عندي ، واختاره أبو جعفر البرمكي. وفي موطن آخر يقول «قال في الفروع: ونقل ابن منصور: الزيادة لهما ، واختاره البرمكي ، وقاله في القواعد أيضا. فاختلف النقل عن البرمكي في الزيادة». ويقول الزركشي: وحيث قيل بالصحة ، فهل يشترك البائع والمشتري في الزيادة لحدوثها على ملكيهما أو يتصدقان بها استحسانا للاختلاف. فيه روايتان منصوصتان هذا هو التحقيق في النقل. ويقول ابن رجب: وأما على رواية الصحة ففي حكم الزيادة ثلاث روايات: إحداها: إنما يشتركان بينهما فيها نقلها أحمد بن سعيد لحدوثها على ملكيهما.

وحجة هذه الرواية كما سبق عند الزركشي وابن رجب: حدوث الزيادة على ملكيهما. وعبارة ابن قدامة «لحصولها في ملكيهما ، فإن ملك المشتري الثمرة ، وملك البائع الأصل» وهذه الرواية هي الأظهر عند ابن قدامة.

الرواية الثانية: قال المرداوي: وعنه: يتصدقان بها. قال ابن رجب: والثانية يتصدقان بها ، وأخذها القاضي في خلافه من رواية حنبل.

وقال ابن قدامة: وعن أحمد أنهما يتصدقان بالزيادة. وهو قول الثوري ومحمد بن الحسن^(١). وحجة هذه الرواية: أن عين المبيع زاد بجهة محظورة. قال الثوري: إذا اشترى قصيلا يأخذ رأس ماله ويتصدق بالباقي. ولأن الأمر اشتباه في هذه الزيادة وفي مستحقها فكان الأولى الصدقة بها أ.هـ.

وهل التصديق على سبيل الوجوب أم على سبيل الندب؟ قال في الفروع: وعنه يتصدقان بها على الروايتين وجوبا ، وقيل: ندبا وكذلك قال في الرعاية. فاختار القاضي: أنه على سبيل الاستحباب وإليه ميل المصنف

(١) راجع ما سبق عند الحنفية.

والشارح. ذكره المرداوى فى الانصاف.

ويقول الزركشي: وحيث قيل بالصحة فهل يشترك البائع والمشتري فى الزيادة لحدوثها على ملكيهما ، أو يتصدقان بها استحسانا للاختلاف؟ فيه روايتان منصوصتان ، وحمل القاضى فى روايته وفى تعليقه كلا النصين على الاستحباب. ويقول ابن رجب فى هذه الرواية: والثانية: يتصدقان بها وأخذها القاضى فى خلافه من رواية حنبل ، وتلك قد صرح فيها أحمد بفساد البيع على ما حكاه القاضى أيضا فى المجرى وكتاب الروايتين ، ثم قال: وهذا عندي على الاستحباب المنهى عن ربح مالم يضمن ، وهذا لم يضمن على المشتري فكره له ربحه ، وكره للبائع لحدوثه على ملك المشتري ، وكذلك مال صاحب المغنى إلى حملها على الاستحباب لأن الصدقة بالشبهات مستحب وهذه شبهة لاشتباه الأمر فى مستحقها ، ولحدوثها بجهة محظورة. ويشبه هذه الرواية مانص عليه أحمد فى ربح مال المضاربة إذا خالف فيه المضارب أن يتصدق به ، وفيمن أجر ما استأجره بربح أنه يتصدق به لدخوله فى ربح مالم يضمن. وعبارة ابن قدامة: ويشبهه^(١) أن يكون هذا استحبابا لأن الصدقة بالشبهات مستحبة.

قال ابن قدامة: فان أبيا الصدقة بها اشتركا فيها.

الرواية الثالثة: الزيادة كلها للبائع نقلها القاضى فى خلافه فى مسألة زرع الغاصب ، ونص عليه أحمد فى رواية ابن منصور فيمن اشترى قصيلا فتركه حتى سنبل يكون للمشتري منه بقدر ما اشترى يوم اشترى فان كان فيه فضل كان للبائع صاحب الأرض. ذكره المرداوى فى الانصاف ،

(١) ومعنى قول الفقهاء «الأشبه»: أنه أشبه بالمنصوص رواية والراجع دراية ، فيكون الفتوى عليه. يقول ابن نجيم «معنى قولهم: الأشبه: أنه أشبه بالمنصوص رواية والراجع دراية فيكون الفتوى عليه» الأشباه ص ٣٩١ ، وانظره مع غمز عيون البصائر ج ٤ ص ١٥٤ ،

وابن رجب فى القواعد لكنه زاد: قيل له: وكذلك النخل إذا اشتراه ليقبله فطلع؟ قال: كذلك فى النخل، فان كان فيه زيادة فهو لصاحب الأرض البائع. وهذه الرواية ذكرها أيضا الزركشى فى شرحه^(١). وكون الزيادة للبائع قسمة فى القائق، واختاره البرمكى، فاختلف النقل عن البرمكى فى الزيادة كما فى الانصاف، فعنه أنه اختار اشتراكهما كما تقدم فى الرواية الأولى.

وحجة هذه الرواية كما فى القواعد: ووجهه القاضى بأن الزيادة من غاء ملك البائع فهى كالربح فى المال المنصوب فانه يكون لصاحب المال دون الغصب ويلقى تصرفه فيه لكونه محظور كذلك ههنا.

مناقشة وجه القاضى:

قال فى القواعد: ويمكن أن يفرق بينه وبين تصرف الغاصب بأن الغاصب إنما له آثار عمل فألغيت، وهنا للمشتري عين مال غت فكيف يسقط حقه من غنائها؟ ثم أجاب بقوله:

(١) ويرى الزركشى أن التحقيق فى النقل على القول بالفساد، والقول بالصحة كالآتى: وحيث قيل بالفساد فان المبيع بزيادته للبائع نص عليه احمد، ويرد الثمن لانه قد تبين عدم الشرط المصحح للعقد فبطل من أصله. وحيث قيل بالصحة فهل يشترك البائع والمشتري فى الزيادة لحدوثها على ملكيهما أو يتصدقان بها استحسانا للاختلاف؟ فيه روايتان منصورتان، وحمل القاضى فى روايته وفى تعليقه كلا النصين على الاستحباب وجعل الزيادة للمشتري، هذا هو التحقيق فى النقل وفاقا لنصوص الامام وللقاضى فى التعليق، وأبى البركات. وحكى ابن الزاغونى وأبو محمد وغيرهما رواية أن البائع يتصدق بالزيادة على القول بالبطان، وكأنهم تبعوا القاضى فى روايته فانه زعم أن حنبلاً روى ذلك عن الامام، وفيه نظر. فانه صرح فى التعليق بأن حنبلاً وابن سعيد اتفقا على الصحة إلا أن ابن سعيد قال: يشتركان، وحنبلاً قال: يتصدقان. وفى الكافى رواية بالشركة على القول بالبطان أيضاً وكأنه أخذها من قول ابن أبى موسى، وقيل: عنه.

ويتلخص من ذلك أن على القول بالبطان ثلاثة أقوال، كما ذالك على القول بالصحة. شرح الزركشى ج ٣ ص ٥٠٠، ٥٠١.

ويجاب عنه: بأن المشتري إنما يستحق بالعقد ماوقع عليه العقد من الثمرة. ومازاد على ذلك فلا حق له فيه ، وهذا البيع لم يتم قبضه فيه ولا وجد في ضمانه فلا يستحق أن يقبض غير ماوقع عليه البيع بمقتضى عقده. هذه أشهر الروايات عن الامام أحمد. وللأصحاب أقوال غيرها.

١- قال ابن قدامة: وقال القاضى: الزيادة للمشتري كالعبد إذا سمن وحمل قول أحمد «يشتركان»^(١) على الاستحباب. وفى شرح الزركشي: وحمل القاضى فى روايته وفى تعليقه كلا النصين على الاستحباب ، وجعل الزيادة للمشتري. وفى الانصاف: وقال القاضى: الزيادة للمشتري وجزم به فى كتابه الروايتين ، قال فى الحاوي: كما لو أخره لمرض. ورده فى القواعد وقال: هو مخالف نصوص أحمد ثم قال: لو قال مع ذلك بوجوب الأجرة للبائع إلى حين القطع لكان أقرب. والقول بأنها للمشتري هو اختيار ابن بطة وعليه الأجرة. وفى الانصاف «قبل: البيع لازم ، والكل للمشتري ، وعليه الأجرة اختاره ابن بطة».

وأىضا. حمل القاضى قول أحمد فى الرواية الثالثة^(٢) على أنه اشترى جذوعه ليقطعها ذكره فى القواعد.

مناقشة قول القاضى:

قال ابن قدامة مستظها الرواية الأولى «يشتركان»: والأول أظهر

(١) أى فى الرواية الأولى.

(٢) وهو ما نص عليه أحمد فى رواية ابن منصور فيمن اشترى قصيلا فتركه حتى سنبل يكون للمشتري منه بقدر ما اشترى يوم اشترى، فإن كان فيه فضل كان للبائع صاحب الأرض ... قال: وكذلك النخل ... قال فى القواعد «وحمل القاضى قول أحمد هنا وكذلك النخل إذا اشتراه ليقطعه على أنه اشترى جذوعه ليقطعها» القواعد ص ١٧١ ، والجنوعة هى خشب يشتري للقطع كما فى كلام القواعد المذكور بعد . وكما فى الهامش التالى.

ذكرنا فان الزيادة حصلت من أصل البائع فانه لا يتحقق فيه هذا المعنى ولا يشبهه ، ولا يصح حمل قول أحمد على الاستحباب فانه لا يستحب للبائع أن يأخذ من المشتري مالمس بحق له بل ذلك حرام عليه فكيف يكون مستحبا؟.

ويقول ابن رجب: وحملها القاضى على الاستحباب ولا يصح ، وبالاشتراك أجاب أبو حفص البرمكى فيمن اشترى خشبا للقطع فتركه حتى اشتد وغلظ.

ويقول بعد ذكره للروايات وأقوال بعض الأصحاب: واختار القاضى خلاف هذا كله ، وأن الزيادة كلها للمشتري مع صحة العقد ، ولم يثبت فى كتاب الروايتين فى المذهب فى هذا خلافا. ثم ان ابن رجب يرد قول القاضى قائلا: وما قاله من انفراد المشتري بالثمرة بزيادتها مخالف لمنصوص أحمد ، وقياسه كذلك على سمن العبد غير صحيح ، لأن هذه الزيادة نمت من أصل البائع مع استحقاق إزالتها عنه بخلاف سمن العبد وطوله ، ولو قال مع ذلك بوجوب الأجرة للبائع إلى حين القطع لكان أقرب كما أفتى به ابن بطة فيمن اشترى خشبا للقطع فتركه فى أرض البائع حتى غلظ واشتد أنه يكون بزيادته للمشتري وعليه لصاحب الأرض أجرة أرضه للمدة التى تركها فيه ، وأخذه من غرس الغاصب^(١).

(١) والمسألة التى أفتى فيها ابن بطة مذكورة أيضا فى كشف القناع وفى الانصاف، يقول البهوتى فى كشفه ج٣ ص ٢٨٤ ، ٢٨٥ « وإن آخر المشتري قطع خشب اشتراه مع شرط القطع فنما الخشب وغلظ فالبيع لازم لا يبطل ويشتركان فى الزيادة لأنها حصلت فى ملكهما فان الخشب ملك للمشتري ، وأصله ملك البائع وهما سبب الزيادة ، فيقوم الخشب يوم العقد ويوم الأخذ فالزيادة ما بين القيمتين فيشتركان فيها » وفى الانصاف ج٥ ص ٧٣ « لو اشترى خشبا بشرط القطع فأخر قطعه فزاد فالبيع لازم ، والزيادة للبائع قدمه فى الفائق ، فقال: لو اشترى خشبا ليقطعه فتركه فنما وغلظ فالزيادة لصاحب الأرض نص عليه واختاره البرمكى أ.هـ. قال فى الفروع: ونقل ابن منصور: الزيادة لهما واختاره البرمكى ، وقاله فى القواعد أيضا. فاختلف النقل عن البرمكى فى الزيادة ».

وأقول: يمتنع على القاضي أن يقول في الثمر على الشجر ما قاله ابن بطة فيمن اشترى خشبا للقطع فتركه حتى زاد فتكون الزيادة للمشتري وللبيع الأجرة.

وأما يمتنع ذلك كما في القواعد: لأن القاضي ذكر في التفليس قوله: لكن الشجر في الأرض له أجرة معتبرة وللمالك الزرع ، فأما تبقية الثمر على رؤوس الشجر فلا يستحق له أجرة بحال.

وقول القاضي ومن وافقه بأنها للمشتري بزيادتها هو قول الشافعية كما تقدم عنهم.

٢- في الانصاف: قال المجد: يحتمل عندي أن يقال: أن زيادة الثمرة في صفتها للمشتري ، وما طال من الجزة للبايع. وفي القواعد: وقال الشيخ مجد الدين: ويحتمل عندي أن يقال: بأن زيادة الثمرة في صفتها للمشتري، وما طال من الجزة للبايع ، لأن هذه الزيادة لو فرضنا أن المشتري كان قد جز ما اشتراه لأمكن وجودها ويكون للبايع فكذلك إذا لم تجز أ.هـ.

فالمجد فرق بين الثمر والزرع ، وفي نظرنا أنه قول حسن.

٣- في الانصاف: قال ابن الزاغوني: على القول بالصحة لا تدخل الزيادة في ملك واحد منهما ويتصدق بها المشتري. وذكره الزركشي في شرحه.

هذه هي الروايات والأقوال في حكم الزيادة المتصلة ، والأظهر منها كما هو عند ابن قدامة الرواية الأولى « يشتركان في الزيادة ».

معنى التصديق بالزيادة أو الاشتراك فيها:

في شرح الزركشي: ومعنى التصديق بالزيادة أو الاشتراك فيها أن ينظر. كم قيمتها وقت العقد ، وكم قيمتها بعد الزيادة ، فما بينهما محل

التردد.

فاذا قيل مثلاً: قيمتها وقت العقد مائة ، ثم صارت قيمتها بعد الزيادة مائتين ، فالصدقة أو الشركة له بالمال الزائد وذكره البهوتى فى كشفه « فيقوم يوم العقد ويوم الأخذ فالزيادة ما بين القيمتين فيشتركان فى الزيادة » هذا وجه فى حساب الزيادة وهو أنها تكون ما بين القيمة وقت العقد ، والقيمة يوم الأخذ ، وعليها الأكثر. ونص عليه أحمد فى رواية ابن منصور.

وهناك وجه آخر محتمل للقاضى: أنها ما بين القيمة قبل بدو الصلاح والقيمة بعده. جزم به فى الكافى.

يقول ابن رجب « ... وإذا تقرر هذا فالزيادة إنما تعلم باختلاف القيمة لعدم تميزها فى نفسها وهي تفاوت ما بين القيمة يوم الشراء وبعد الزيادة الحادثة بعده كذلك قال القاضى فى المجرى ، ونص عليه أحمد فى رواية ابن منصور^(١) وهو متمش على المأخذ الثانى فى الانفساخ بمجرد الزيادة بعد العقد. وأما على المأخذ الأول فالزيادة هي تفاوت ما بين القيمة قبل بدو الصلاح وبعده لأنه لم يزل عنه ملك المشتري وقت ظهور الصلاح ، وبذلك جزم فى الكافى وحكاه فى المغنى احتمالاً عن القاضى ».

وقال ابن قدامة « والزيادة هي ما بين قيمتها حين الشراء ، وقيمتها يوم أخذها.

قال القاضى: ويحتمل أنها ما بين قيمتها قبل بدو الصلاح ، وقيمتها بعده ، لأن الثمرة قبل بدو صلاحها كانت للمشتري بتمامها لاحق للبائع فيها ».

(١) سبق نصه فى الرواية الثالثة.

وقول القاضى: يتفق مع قول الحنفية^(١).

المباشر للتصدق:

يقول الزركشى: ثم من المباشر للصدقة فيها؟ ... أما على رواية الصحة فظاهر نص الامام أنهما يتصدقان بها. وقال ابن الزاغونى: لا تدخل فى ملك واحد منهما ، ويتصدق بها المشتري. ذكره فى شرحه^(٢).

مذهب الأباضية:

القائلون بصحة البيع من الاباضية يرون أن الزيادة للبائع فهما شريكان بمعنى أن قدر الشراء للمشتري ، وقدر الزائد للبائع ، وليس للمشتري فيما زاد شئ ، وليس الوقوف عليه ممكنا بل بمسامحة. وحب الزرع كالبر والشعير وبذر الجزر ، واللفت للبائع فى الاحتمال الأظهر ، وسواء كان المشتري أو البائع يسقيها أم لا تسقى ، إلا أنه إذا لم يثبت ذلك لساقيه فله عناؤه.

يقول الشماخى بعد ذكره للخلاف فى حكم البيع «ومنهم من يقول: لا ينفسخ ولو طاب ولكن ليس للمشتري فيما زاد شئ ، وهؤلاء أوجبوا بينهم الشركة» ، ومقدار الزيادة يعرف بنفس الطريقة السابقة عند الحنفية والحنابلة وقال أبو سته «تظهر الشركة بينهما عند من يقول بها إذا بلغ

(١) راجع ما سبق عند الحنفية.

(٢) انظر فيما ذكرناه عن الحنابلة. الانصاف ج ٥ ص ٧٠ ، ٧١ ، ٧٣ ، شرح الزركشى ج ٣ ص ٥٠٠ ، ٥٠١ ، ٥٠٢ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٢٨٤ ، ٢٨٥ ، الروض المربع وحاشية العنقري ج ٢ ص ١٣١ ، ١٣٢ ، القواعد لابن رجب ص ١٦٩ ، ١٧٠ ، ١٧١ ، القاعدة الحادية والثمانون «النماء المتصل فى الأعيان المملوكة ...» المغنى ج ٢ ص ٢٢١ ، ٢٢٢ ، الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٤٤ : ٢٥٠ ، وعلى القول بصحة البيع فعلى من تجب الزكاة؟ يقول المرداوي «وحيث قلنا بالصحة فإن اتفقنا على التبيقية جاز وزكاه المشتري. وإن قلنا: الزيادة لهما فعليهما الزكاة إن بلغ نصيب كل واحد منهما نصابا والا انبنى على الخلطة فى غير الماشية» الانصاف ج ٥ ص ٧٢ ، وانظر القواعد ص ١٦٨.

الزراع كأن ينظر القدر الذى اشترى ، والقدر الذى زاد بعد ذلك فيشتركان بحسب ذلك والظاهر أن الحب يكون للبائع حيث لم يكن للمشتري شئ فيما زاد. والله أعلم»^(١). وفسر أطفيش الشركة بأن قدر الشراء للمشتري ، وقدر الزائد للبائع وليس الوقوف عليه ممكنا بل بمسامحة.

جاء فى النيل بعد ذكره للخلاف «... وعليه فإن طاب فليس لمشتريه مازاد على قدر الشراء ، واشتركا فيه وفى قدر الزائد ، والحب للبائع فى الأظهر» قال أطفيش شارحه «وعليه فإن طاب فليس لمشتريه ما زاد على القدر الموجود حال الشراء ، وليس الوقوف عليه ممكنا بل بمسامحة. ولذا حكم بالفسخ فى تلك الأقوال لما مضت مدة يزيد فيها على قدر اختلاقم هل هي ثلاثة أو سبعة أو ظهور الطيب؟ واشتركا فيه أي فى قدر الشراء ، وفى قدر الزائد ، بأن يكون قدر الشراء للمشتري ، وقدر الزائد للبائع ، والحب كالبر والشعير وبذر الجزر واللفت للبائع فى الاحتمال الأظهر ، وسواء كان المشتري-أو البائع يسقيها أم لاتسقى ، إلا أنه إذا لم يثبت ذلك لساقيه فله عناؤه»^(٢).

ب- الأثر المترتب على القول بالبطلان وانفساخ العقد:

تقدم أن المالكية ، والحنابلة فى أصح الروايات عن الامام أحمد ، والاباضية فى قول عبد الله بن عبد العزيز النكاري. قالوا ببطلان البيع وانفساخه إذا لم يقطع المشتري قبل مضى المدة الجائز التأخير فيها.

وعن أثر البطلان عندهم نقول:

ينفسخ العقد ويرد المشتري الثمرة إلى البائع ويأخذ الثمن وهذا باتفاق إن كان الثمر باقيا كله ، فإن أذهب بعضه رد مثله إن علم وإلا رد قيمته

(١) الايضاح وحاشية أبى ستة ج ٥ ص ٦٦.

(٢) شرح النيل ج ٨ ص ١١٩ ، ١٢٠.

هذا عند المالكية ، ولم يتعرض المالكية للاشتراك ولا للتصدق فيما اطلعت عليه في هذا الموطن. إذ الظاهر من الحكم المتقدم أن الثمرة وزيادتها للبائع إذ ضمان الثمرة من البائع ما دامت في رؤوس الشجر كما هي نصوصهم^(١).

وعند الاباضية: الثمرة بزيادتها للبائع فيردها المشتري له ويرد البائع له الثمن. وإن أذهب بعضه رد له مثله إن أمكن ، وقيل: يعطيه ما ينوبه من الثمن، وقيل: يقوم ، وهو الواضح. والأول وهو رد المثل إن أمكن هو الأوضح عند أطفيش وحجته: أن البيع قد فسد فلا يعتبر ماعقدا من الثمن. وهكذا الخلاف إن أذهب المشتري كله^(٢). والاباضية في هذا كالمالكية.

وأما الحنابلة فانهم قالوا: فعلى رواية البطلان «يرد المشتري الثمرة إلى البائع ويأخذ الثمن» هكذا في المغنى والشرح. وفيهما في حكم الثمرة وزيادتها «ومتى حكمنا بفساد البيع فالثمره كلها للبائع. وعنه: أنهما يتصدقان بالزيادة. قال القاضي: هذا مستحب لوقوع الخلاف في مستحق

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج٢ ص ١٧٧ ، شرح الخرش وحاشية العدوي ج٥ ص ١٨٥ مجلد ٣ ، كفاية الطالب ومعه حاشية الصعدي ج٢ ص ١٤٨ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوي ج٤ ص ٣١٠ ، ٣١١ ، وراجع نصوصهم بهامش حال التبقية ، وحال الاطلاق، ص ١١٣ ، ١٢٤ ، ١٢٦.

(٢) الايضاح وحاشيته ج٥ ص ٦٦ ويقول أطفيش بعد ذكره للخلاف في المدة التي يفسخ البيع بمضيها إن لم يقطع. «وعلى الأقوال الثلاثة برده للبائع ، ويرد له البائع الثمن ، وإن أذهب بعضه رد له مثله إن أمكن ، وقيل: يعطيه ما ينوبه من الثمن ، وقيل: يقوم، وهو الواضح ، والأول أوضح ، وذلك أن البيع قد فسد فلا يعتبر ماعقدا من الثمن، وكذا الخلف إن أذهب كله» شرح النيل ج٨ ص ١١٩ ، ١٢٠ ، وفي ص ١٢١ «وإن اشترى ما يزيد وتركه فسد ، فإن أمكن رده فعل وإلا رد الزيادة والربح ، وإن خسر رد عليه البائع ما خسر ويجيزهما الاستغفار وقيل في نحو الجزر في الأرض يعطي لبائعه قيمة ما أخذ بالبيع وله الرجوع فيما لم يأخذ وله ترك الرجوع بأن يقلعه فيتم البيع ، وقيل: أن البائع مخير في الاتمام والنقض فيما باع وتركه المشتري حتى زاد ، وكذا المشتري».

الثمرة فاستحب الصدقة بها ، وإلا فالحق أنها للبائع تبعا للأصل كسائر غناء المبيع المتصل إذا رد على البائع بفسخ أو بطلان. ونقل عن ابن أبي موسى فى الارشاد: أن البائع والمشتري يكونان شريكين فى الزيادة^(١) ، يؤخذ من هذا أن للامام أحمد فى حكم الزيادة على رواية البطلان. ثلاث روايات^(٢). وإن كان البعض قد ذكرها أكثر.

الرواية الأولى: الثمرة كلها بزيادتها للبائع ، وذكرها المرداوي فى الانصاف «وقيل: يفسخ العقد ، والكل للبائع. قال الجوزي: يفسخ العقد» وفيه قال فى الفروع: وإن آخر قطع خشب مع شرطه فزاد قيل: ... وقيل: للبائع الكل ...» وفى شرح الزركشى «وحيث قيل بالفساد فإن المبيع بزيادته للبائع نص عليه أحمد ، ويرد الثمن. لأنه قد تبين عدم الشرط المصحح للعقد فبطل من أصله». وفى الانصاف «فعلى رواية البطلان: الأصل والزيادة للبائع ، قطع به أكثر الأصحاب واختاره ابن أبي موسى والقاضي وغيرهما ونقلها أبو طالب وغيره عن الامام أحمد رحمه الله وقدمه فى الفروع وغيره».

ويقول ابن رجب: وبقي الكلام على حكم الزيادة على الروایتين. أما على رواية الانفساح ففيها روايتان^(٣) إحداهما: أنها للبائع ، وهى اختيار ابن أبي موسى والقاضي ونقلها أبو طالب وغيره عن أحمد ، لأن البيع متى انفسخ يعود إلى بانه بنمائه المتصل كسمن العبد ونحوه ، بل هنا أولى لأنه غناء من تيقنه فى ملكه فحقه فيه أقوى.

(١) المغنى ج٤ ص ٢٢١ ، والشرح ج٤ ص ٢٤٢ : ٢٤٦.

(٢) قال الزركشى بعد تحقيقه للمسألة «هذا هو التحقيق فى النقل وفاقا لنصوص الامام وللقاضى فى التعليق ، وأبى البركات ... ويتلخص من ذلك أن على القول بالبطلان ثلاثة أقوال ، كما ذلك على القول بالصحة» شرح الزركشى ج٣ ص ٥٠١.

(٣) فأغفل الرواية الثالثة وهى الاشتراك فى الزيادة وإن كان قد حكاهما بعد ذلك عن ابن أبي موسى.

وحجة هذه الرواية مما تقدم: أنها للبائع تبعا للأصل كسائر غناء المبيع المتصل إذا رد على البائع بفسخ أو بطلان. ، قاله القاضى. وعبارة ابن رجب: لأن البيع متى انفسخ يعود إلى بانه بنمائه المتصل كسمن العبد ونحوه بل هنا أولى لأنه غناء من يبقنه فى ملكه فحقه فيه أقوى. وعلى هذه الرواية أكثر الأصحاب ولم يذكر البهوتى غيرها فى كشفه قال: وإذا بطل البيع فالأصل من الثمرة والزرع والجدة ، واللقطة للبائع ، والزيادة الطارئة بعده للبائع كأن العقد لم يوجد. وكذلك فى الروض المربع.

الرواية الثانية: أنهما يتصدقان بالزيادة ، وحمله القاضى على الاستحباب لوقوع الخلاف فى مستحق الثمرة فاستحب الصدقة بها. كما فى المغنى والذرخ. وفى شرح الزركشى: وحكى ابن الزاغوانى وأبو محمد وغيرهما رواية أن البائع يتصدق بالزيادة على القول بالبطلان. وفى الانصاف: وحكى القاضى رواية: يتصدقان بها.

أقول: وقد أنكر المجد هذه الرواية قائلا: هو سهو من القاضى.

ففى الانصاف: وحكى القاضى رواية: يتصدقان بها ، قال المجد: وهو سهو من القاضى ، وإنما ذلك على الصحة فأما مع الفساد: فلا وجه لهذا القول. وفى القواعد: والثانية: يتصدقان بها مع فساد البيع. قال القاضى فى المجرى: والروایتين^(١) نقلهما حنبل. قال: وهو محمول عندي على الاستحباب بوقوع الخلاف فى صحة العقد وفساده ومستحق النماء فاستحب الصدقة به.

وأنكر الشيخ مجد الدين ثبوت هذه الرواية وقال: هي سهو من القاضى.

(١) أي الأولى. والثانية التى معنا.

قال: وإنما ذكرها القاضى فى خلافه مستدلا بها على الصحة فأما مع الفساد فلا وجه لهذا القول.

الرواية الثالثة: أن البائع والمشتري يشركان فى الزيادة وهذه منقولة عن ابن أبي موسى فى الارشاد كما فى المغنى والشرح. وفى الانصاف: وعنه الزيادة للبائع والمشتري ، فتقوم الثمرة وقت العقد وبعد الزيادة وهذه الرواية ذكرها فى الكافى والفروع وغيرهما. وفى شرح الزركشى: وفى الكافى رواية بالشركة على القول بالبطلان أيضا وكأنه أخذها من قول ابن أبي موسى ، وقيل: عنه.

وفى الانصاف: قال فى الفائق: قلت: ويتخرج الاشتراك ، فوافق المنصوص.

وفى القواعد عن ابن أبي موسى مستدلالة «ثم حكى رواية ثالثة باشتراك البائع والمشتري فى الزيادة ، وهذه الرواية ترجع إلى القول بأن الزيادة المتصلة لاتتبع فى الفسخ بل تبقى على ملك المشتري ، وإنما شاركه البائع فيها لأنها نمت من ملكه وملك المشتري ، ولولا ذلك لانفرد بها المشتري» وهناك رواية رابعة مفادها الآتى:

الرواية الرابعة: فى القواعد: وأما ابن أبي موسى فقال: وعنه يتصدق البائع بالفضل. وفى الانصاف: وحكى ابن الزاغوانى والمصنف وغيرهما رواية: أن البائع يتصدق بالزيادة على القول بالبطلان. قال فى التلخيص: وعنه يبطل البيع ويتصدق بالزيادة استحبابا لاختلاف الفقهاء. أي أنها أيضا للبائع ولكنه يتصدق بها استحبابا بخلاف الرواية الأولى.

وجهة هذه الرواية كما فى القواعد: أن البائع يتصدق بالزيادة لأنه نماء فى غير ملكه. قال: وهذا التعليل يرد عليه الزيادة فى المردود بالعيب ونحوه. لكن المراد أن هذه الزيادة عادت إليه لانفساخ العقد على وجه منهي

عنه فى الشرع بخلاف الرد بالعيب.

ثم ان ابن رجب ذكر فى القواعد: أن ابن أبى موسى خص هذا الخلاف بالثمار فأما الزرع فلم يذكر فيه خلافاً إلا أن الزيادة للبائع^(١).

خلاصة مقارنة فى حكم الزيادة:

أولاً: عند القائلين بصحة البيع:

أ- الزيادة للمشتري ، فالثمرة كلها له وبه قال الحنفية ، والشافعية ، والقاضى والشيخ مجد الدين من الحنابلة إلا أن الأخير قال بذلك فى الثمر دون الزرع. وعند الحنفية إن كان قد ترك الثمر والزرع باذن البائع طاب له الفضل لأنها حصلت بطريق مباح وسواء تنهى عظمها أم لا.

أما إن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد لأن الزيادة حصلت بجهة محظورة هي غصب الأرض والشجر فأوجب خبثاً فى المبيع فكان سبيلها الصدقة ، وهذا إن كانت الثمرة لم يتناه عظمها.

فان كانت قد تنهى عظمها ولم يبق إلا النضج لم يتصدق المشتري بشئ حيث لازيادة فى جسم الثمرة بعد التناهي وإنما هو تغير وصف من حال النضج إلى حال النضج وهو يحصل بالشمس والقمر وسائر الكواكب بقدرة الله تعالى. لكن على المشتري إثم غصب المنفعة لكون الغصب أثبت خبثاً فيها.

وقال الشافعية: الزيادة للمشتري فى الثمر والزرع ولم يذكروا تصدقاً قياساً على كبر العبد الصغير إلا أنه فى حالة عدم رضا البائع بالابقاء فانه

(١) أنظر للحنابلة فيما ذكرناه عنهم: المغنى ج٤ ص ٢٢١ ، والشرح ج٤ ص ٢٤٢ : ٢٤٦ ، كشاف القناع ج٣ ص ٢٨٤ ، الروض المربع ج٢ ص ١٣٢ ، القواعد لابن رجب ص ١٦٩ ، ١٧٠ ، شرح الزركشي ج٣ ص ٥٠٠ ، ٥٠١ ، الاتصاف ج٥ ص ٦٩ ، ٧٠ ، ٧٣.

تجب الأجرة على المشتري إن كانت مدة الإبقاء لمثلها أجرة وكان البائع قد طالبه بالقطع ، وهو الأصح خلافاً للقال حيث لم يوجب أجرة.

وفى حالة رضا البائع بالإبقاء لا إثم على المشتري بعدم القطع بخلاف حال عدم الرضا فإن الإثم عليه.

والأقرب فى مذهب الحنابلة على قول القاضى وجوب الأجرة.

ب- البائع والمشتري شريكان فى الزيادة. وهو أصح الروايات عند الحنابلة وعليها الأكثر. لحدوث الزيادة على مكليهما فإن ملك المشتري الثمرة ، وملك البائع الأصل ، وعلى هذه الرواية لاتصدق بالزيادة.

ج- البائع والمشتري يتصدقان بالزيادة استحساناً. لأن عين المبيع زاد بجهة محظورة ، ولأن الأمر اشتبه فى هذه الزيادة وفى مستحقها فكان الأولى الصدقة بها. وبه قال الحنابلة فى رواية. وبه قال الثوري ، ومحمد بن الحسن من الحنفية فى نقل ابن قدامة عنه. وقد سبق عند الحنفية أن المتصدق هو المشتري لأن الثمرة بزيادتها له ، وأن التصدق إنما يكون فى ثمرة لم يتناه عظمها وتركها المشتري بغير إذن البائع ، وكون المتصدق هو المشتري ظاهر نص الثوري الذي نقله ابن قدامة «قال الثوري: إذا اشترى قصيلاً يأخذ رأس ماله ويتصدق بالباقي».

وهل التصدق على سبيل الوجوب أم على سبيل الندب؟ قولان؟ اختار القاضى من الحنابلة الاستحباب وإليه مال ابن قدامة وغيره ، لأن الصدقة بالشبهات مستحبة.

قال ابن قدامة: فإن أبيها الصدقة بها اشتركا فيها.

د- الزيادة كلها للبائع. وبه قال الحنابلة فى رواية ثالثة لأن الزيادة من ثمن ملك البائع فهى كالربح فى المال المغصوب فإنه يكون لصاحب المال دون

الغاصب ، ويلغى تصرفه فيه لكونه محظور ، كذلك ههنا . هكذا وجهه القاضى ، واعترض على هذا الترجيه ، وأجيب عليه ، وقد تقدم .

وبه قال الشيخ مجد الدين من الحنابلة فى الزرع دون الثمرة معللا بأن هذه الزيادة لو فرضنا أن المشتري كان قد جزأ ما اشتراه لأمكن وجودها ويكون للبائع فكذلك إذا لم تجز . وهو نظر حسن فى الفرق بين الثمرة والزرع .

وكون الزيادة للبائع هو القول الأظهر عند من قال من الابهاضية بصحة البيع .

هـ- الزيادة لاتدخل فى ملك واحد منهما ويتصدق بها المشتري وبه قال ابن الزاغوانى من الحنابلة . ومعنى هذا أن التصديق واجب لامستحب لادخالها فى ملك من يستحقها .

و- تعرف الزيادة بالتقويم عند القائلين بالاشتراك فيها أو التصديق بها . فينظر كم قيمتها وقت العقد ، وكم قيمتها عند الأخذ ، أو بعد بدو الصلاح أو الادراك على خلاف فى هذا ذكرناه سابقا ، فما تفاوت بين التقديرين هو الزيادة . فمثلا إذا قيل قيمتها وقت العقد مائة ، ثم صارت قيمتها بعد الزيادة أو بعد بدو الصلاح أو الادراك مائتين ، فالصدقة أو الشركة تكون فى المال الزائد وهو المائة .

ثانيا: على القول ببطلان البيع :

أ- ينفسخ العقد ويرد المشتري الثمرة إلى البائع ويأخذ الثمن ، هذا إن كان الثمر باقيا كله .

فان أذهب بعضه رد مثله إن علم وإلا رد قيمته ، فالثمره وزيادتها للبائع إذ ضمان الثمرة من البائع ما دامت فى رؤوس الشجر ، وهذا عند

المالكية. ويمثل قول المالكية قال الاباضية على القول بأن الثمرة للبائع وهو الأظهر. قالوا: الثمرة وزيادتها للبائع ويرد البائع له الثمن ، وإن أذهب بعضه رد مثله إن أمكن ، وقيل: يعطيه ما ينوبه من الثمن ، وقيل: يقوم وهو الواضح ، والأوضح عند أطفيش رد المثل وحجته: أن البيع قد فسد فلا يعتبر ماعقدا من الثمن.

وكون الثمرة وزيادتها للبائع هو أصح الروايات فى مذهب الحنابلة تبعاً للأصل كسائر نماء البيع المتصل إذا رد على البائع بفسخ أو بطلان ، فالقاعدة: أن البيع متى انفسخ يعود المبيع إلى بائعه بنمائه المتصل كسمن العبد ونحوه بل هنا أولى لأنه نماء من تيقنه فى ملكه فحقه فيه أقوى.

ب- البيع ينفسخ ويتصدق البائع والمشتري بالزيادة ، وحمله القاضى على الاستحباب لوقوع الخلاف فى مستحق الثمرة فاستحب الصدقة بها. وهذه الرواية أنكرها الشيخ مجد الدين وقال: هى سهو من القاضى حيث أنها تثبت على القول بالصحة ، أما على القول بالبطلان فلا وجه لها.

ج- أن البائع والمشتري شريكان فى الزيادة. وهى رواية عند الحنابلة بناء على القول بأن الزيادة المتصلة لا تتبع فى الفسخ بل تبقى على ملك المشتري ، وإنما شاركه البائع فيها لأنها نمت من ملكه وملك المشتري ولولا ذلك لانفرد بها المشتري.

د- يتصدق البائع بالزيادة استحباباً للاختلاف فى مستحق الزيادة. وهذه الرواية كالرواية الأولى التى هى أصح الروايات والفرق أن البائع على هذه الرواية يتصدق بها بخلاف الأولى.

وجهة التصديق: أن الزيادة نماء فى غير ملكه فأوجدت خبثاً فى المبيع ومثل هذا طريقه الصدقة.

هذا وقد ذهب ابن أبي موسى من الحنابلة إلى القول بأن هذا الخلاف في مذهبه مختص بالثمرة ، فأما الزرع فلا خلاف في أن الزيادة للبائع .

هـ- تعرف الزيادة عند من قال بالاشتراك أو التصديق بنفس الطريقة التي سبق ذكرها في الأثر المترتب على القول بالصحة .

الراجح :

أقول: نظرا لأنه قدر رجحنا قول من قال بصحة البيع عندما تعرضنا لموقف الفقهاء من حكم البيع بشرط القطع ولم يقطع المشتري . فانتنا نختار هنا في حكم الزيادة أيضا قول من قال من القائلين بصحة البيع: أن الثمرة بزيادتها للمشتري وهو قول الحنفية والشافعية والقاضي من الحنابلة . فان كان الترك باذن البائع طاب للمشتري الفضل ، وإن كان بدون إذنه أثم المشتري بعدم القطع ووجبت الأجرة للبائع إن كان قد طالب المشتري بالقطع فلم يقطع ، فان لم يكن قد طالبه فلا أجرة لأن ترك المطالبة يدل على غلبة المسامحة ، وهذا كله هو الأصح في مذهب الشافعية ، وقول في مذهب الحنابلة ، إذ هو الأيسر في هذه المعاملة . والله أعلم .

أما القول ببطلان البيع وانفساخه فقد رده ابن حزم بقوله « قال أبو محمد: أما فسخ مالك للبيع فقول لادليل على صحته أصلا ، ولأي معنى يفسخ بيعا وقع على صحة باقراره؟ هذا مالا يجوز إلا بقرآن أو سنة »^(١) .

الفرع الرابع

حكم بيع الثمار والزروع بعد الظهور
وقبل بدو الصلاح مع أصلها
أو لمالك الأصل

أصل الثمرة هو الشجرة ، وأصل الزرع هو الأرض فلو وقع بيع الثمرة مع شجرتها ، وبيع الزرع مع أرضه ، أو كان بيع الثمرة أو الزرع لمالك الأصل ، فهل يقع هذا البيع تحت طائلة المراحل الثلاث التي قدمناها في بيع الثمار والزروع مفردة عن أصولها ، أعنى حال اشتراط التبقية ، وحال الاطلاق ، وحال اشتراط القطع؟.

أقول: للإجابة على هذا السؤال نعرض موقف الفقهاء في المسألة على النحو التالي في غصنين.

الغصن الأول: حكم بيع الثمار والزروع بعد الظهور وقبل بدو الصلاح مع أصولها.

الغصن الثانى: حكم بيع الثمار والزروع بعد الظهور وقبل بدو الصلاح لمالك الأصل.

الغصن الأول

حكم بيع الثمار والزروع بعد الظهور
وقبل بدو الصلاح مع أصولها

أقول: المقصود هنا هو بيان الحكم عند التصريح ببيع الثمر أو الزرع عند بيع أصله ، فيكون الثمر والزرع مقصودا بالبيع كذلك.

والفقهاء الذين أجازوا البيع مفردا بشرط القطع اختلفوا في جوازه إذا بيع مع أصله بدون شرط القطع على قولين:

القول الأول: يجوز ويصح البيع مع الأصول بدون شرط القطع ، وهو قول الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) وهو الصحيح من

(١) يذكر ابن الهمام وغيره بطلان إجارة الأشجار لبقاء الثمرة ثم يقولون بأن المخلص من ذلك أن يشتري الثمار مع أصولها فهذا يدل على صحة بيع الثمار والزرع مع أصولها . يقول ابن الهمام «وهنا يمكن أن يشتري الثمار مع أصولها فيتركها عليها» شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٠ ، تبين الحقائق ج ٤ ص ١٢ ، الدر المنتقى ومجمع الأنهر ج ٢ ص ١٧ ، ١٨ ، وفي الدر المختار ج ٤ ص ٣٨ ، مع حاشية ابن عابدين «ولا يدخل الزرع في بيع الأرض بلا تسمية ، ولا الثمر في بيع الشجر بدون الشرط . غير هنا بالشرط وثمة بالتسمية ليفيد أنه لا فرق ، وأن هذا الشرط غير مفسد ، وخصه بالثمر اتباعا لقوله - **ثمة** -: الثمرة للبايع إلا أن يشترطه » قال ابن عابدين «أي لا فرق بين أن يسمى الزرع والثمر بأن يقول: بعثك الأرض وزرعها أو بزرعها ، أو الشجر وثمره أو معه أو به ، وبين أن يخرج مخرج الشرط فيقول: بعثك الأرض على أن يكون زرعها لك أو بعثك الشجر على أن يكون الثمر لك كذا في المنع أ.هـ. ومثله في البحر . وخص ذكر الشرط بمسألة الثمر دون مسألة الزرع مع إمكان العكس اتباعا للحديث المذكور» وانظر شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٨٦ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٦ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٦٤ . الاختيناز ج ٢ ص ٥ ، تبين الحقائق ج ٤ ص ١١ .

(٢) يرى المالكية أنه يجوز بيع الثمار قبل بدو صلاحها في ثلاث صور . أحدهما: بيعها مع الأصل . الثاني: بيعها لمالك الأصل باللاحاق . الثالث: بيعها بشرط القطع .

في شرح الحرشي قال خليل «وصح بيع ثمر ونحوه بدو صلاحه إن لم يستتر ... وقبله مع أصله أو ألحق به أو علي قطعه ...» قال الحرشي «يعنى أن بيع ما ذكر قبل بدو صلاحه يصح في ثلاث مسائل . الأولى: يبيعه مع أصله كبيع صغير مع نخله أو زرع مع أرضه . الثانية: أن يبيع أصله من نخل أو أرض ثم بعد ذلك بقرب أو بعد بحيث لم يخرج من يد المشتري له ألحق الزرع أو الثمر بأصله . الثالثة: أن يشتري ما ذكر مفردا قبل بدو صلاحه على شرط قطعه في الحال أو قريبا منه بحيث لا ينتقل عن طوره إلى طور آخر ...» شرح الحرشي وحاشية العدوى ج ٥ ص ١٨٥ مجلد ٣ . وفي جواهر الكيل ج ٢ ص ٦٠ «وصح بيع ثمر ونحوه قبل بدو صلاحه وذلك في ثلاث صور: أحدهما: يبيعه مع أصله ، وأصل الثمر الشجر ، وأصل الزرع الأرض ، فيصح بيع الثمر قبل بدو صلاحه مع شجره ، وبيع الزرع قبله مع أرضه . ثانيهما أشار إليها بقوله: أو يبيع أصله من شجر أو أرض أو لا ، وألحق بيع الثمر قبل بدو صلاحه أو الزرع كذلك بالأصل . ثالثهما: ...» . وأنظر الشرح الصغير وحاشية الصاوي ج ٤ ص ٣١٠ ، ٣١١ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج ٢ ص ١٧٦ ، ١٧٧ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٨ ، القوانين الفقهية ص ٢٤٤ ، ٢٥٥ .

(٣) في المذهب ج ١ ص ٢٨١ «وإن باع الثمر مع الأصل والزرع مع الأرض قبل بدو الصلاح (=)

مذهب الخنابلة وعليه الأصحاب كما فى الانصاف ، وباجتماع
كما فى المغنى وشرح الزركشى^(١) وبه قال

(=) جاز « وفى تنمة الاهانة » إذا باع الشجرة مع الثمرة قبل بدو الصلاح جاز العقد ولا
يعتبر فيه شرط القطع « وفيها » إذا باع الأرض مع الزرع فالعقد صحيح ولا يعتبر شرط
القطع « تنمة الاهانة جء ورقة ١٦٥ ، ١٦٨ ، وفى الشامل ص ٢٧٥ « فأما إذا باع
الأرض وشرط الزرع معها نظرت فان كان الزرع لم يسنبل ، أو سنبل ولكنه لم يشتد فيه
الحب فانه يجوز شرطه مع الأرض ويصح البيع فيها ولا يحتاج إلى شرط القطع فيه كما
يحتاج إذا أفرد بالبيع « وفى ص ٢٨٧ « قال الشافعى رضى الله عنه فى الرسالة: وإذا
باع الثمار مع الأصول قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع جاز « وفى الروضة ج٢ ص
٢١٤ « فرع: لا يجوز بيع الزرع الأخضر إلا بشرط القطع فان باعه مع الأرض جاز تبعاً .
وكذا لا يجوز بيع البقول فى الأرض دون الأرض إلا بشرط القطع أو القلع سواء كان مما
يجز مراراً أو لا يجز إلا مرة ، هكذا نقله صاحب التهذيب وغيره فى البقول . وقال
الغزالي: بيع أصول البقول لا يتقيد بشرط القطع إذ لا يتعرض للآفة . وانظر مثل هذه
النصوص تحفة المحتاج وحاشية الشروانى وحاشية العبادى ج٢ ص ٤٦٣ ، ٤٦٤ ، شرح
مسلم للنووي ج١٠ ص ١٨٢ ، ونقله عنه الصنعانى فى سبل السلام ج٢ ص ٤٨ ،
أسنى المطالب وحاشية الرمل ج٢ ص ١٠٤ ، ١٠٥ ، حاشية الباجورى وشرح ابن قاسم
ج١ ص ٣٥٠ ، ٣٥١ ، شرح جلال المحلى وحاشية قليوبى وحاشية عميرة ج٢ ص
٢٣٣ ، ٢٣٤ ، روضة الطالبين ج٢ ص ٣١٠ ، ٣١١ ، الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٣٠ ،
البيان ص ١٣٥ ، ١٣٦ ، ١٤٦ .

(١) فصاحب الانصاف اثبت الخلاف فى متن المقنع لابن قدامة مصنف الانصاف « ولا يجوز بيع
الثمرة قبل بدو صلاحها ... » قال المرداوى « فوائد: الأولى يستثنى من عموم كلام
المصنف من عدم الجواز: لو باع الثمرة قبل بدو صلاحها بأصلها فانه يصح على الصحيح
من المذهب وعليه الأصحاب ، وحكاها المصنف والشارح والزركشى اجماعاً لانه دخل تبعاً .
وقيل: لا يجوز ، وهو ظاهر كلام المصنف هنا وجماعة ، وأطلقهما فى المحرر « وفى الزرع
يقول « ويستثنى أيضاً: لو باع الأرض بما فيها من زرع قبل اشتداد حبه فانه يصح جزم
به فى المحرر والوجيز وتذكرة ابن عبدوس والحامى الكبير والمغنى والشرح وصححه فى
الرعاية الصغرى ، والحامى الصغير وقدمه فى الفروع . وقيل: لا يصح وقدمه فى الرعاية
الكبرى وهو ظاهر كلام المصنف هنا « الانصاف ج٥ ص ٦٥ . وصاحب المغنى أثبت
الاجماع بقول « فصل وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع على ثلاثة
أضرب ... الثانى: أن يبيعها مع الأصل فيجوز بالاجماع ... » وفى الزرع يقول
« ولا يجوز بيع الزرع الأخضر فى الأرض إلا بشرط القطع فى الحال كما ذكرنا فى الثمرة
على الأصول ... فان باعه مع الأرض جاز كبيع الثمرة مع الأصل ... » المغنى ج٢ ص
٢١٩ ، ٢٢٠ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٣٤ : ٢٣٦ ، ٢٣٩ ، ٢٤٠ (=)

الاباضية^(١).

القول الثاني: لا يجوز بيع الثمار والزروع بعد ظهورها وقبل بدو الصلاح حتى ولو بعيت مع أصولها إلا بشرط القطع وهو ظاهر كلام ابن قدامة في متن المقنع وجماعة في الثمار ، وفي الزرع قدمه في الرعاية الكبرى وهو ظاهر كلام ابن قدامة في متن المقنع كما في الانصاف^(٢) ومن قال بعدم جواز البيع مطلقا ولو مع الأصول ابن حزم الظاهري^(٣).

الأدلة:

دليل القول الأول: استدلل الجمهور على صحة بيع الثمار والزروع بعد الظهور وقبل بدو الصلاح مع أصلها دون شرط القطع بالسنة والمعنى.

أما السنة: فهو ما ورد في الصحيحين وغيرهما عن النبي - ﷺ - قال « من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترط المبتاع أي المشتري^(٤) ».

(=) وفي شرح الزركشي ج ٣ ص ٤٩٣ ، ٤٩٥ ، ٤٩٦ « بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بدون أصلها له ثلاثة أحوال ... أما بيعها مع أصلها فيجوز إجماعا ... والزرع قبل اشتداده كالثمره قبل بدو صلاحها يجرى فيها ما تقدم » وفي كشف القناع ج ٣ ص ٢٨٢ « ... إلا أن يبيعه أي ما ذكر من الثمرة قبل بدو صلاحها والزرع الأخضر مع الأصل بأن يبيع الثمرة مع الشجرة فيجوز ، أو يبيع الزرع مع الأرض فيجوز » وانظر. الروض المربع وحاشية العنقري ج ٢ ص ١٣٠ ، ١٣١.

(١) يقول أطفيش « ومن اشترى نخلا مؤبرا ولم يشترط ثمرها ثم اشترى ثمرها قبل الزهر بشرط الإبقاء لم يجز لأن لثمرها حكما مستقلا بخلاف ما إذا اشتراها مع الثمر فانه جائز لأنه تابع ولو لم يزه ، هذا هو التحقيق » شرح النيل ج ٨ ص ١١٢ ، حاشية أبي ستة على الإيضاح ج ٥ ص ٥٩.

(٢) انظر نص الانصاف بهامش القول الأول.

(٣) وقد ذكرنا مذهبه في فصل سابق، ص ٩٦ فهو لم يجز بيع الثمار والزروع مع أصولها إلا في النخل بعد بدو الصلاح. وانظر. المعلى ج ٧ ص ٣٣٧ ، ٣٣٩ مسألة ١٤٥٢.

(٤) أخرجه البخاري ومسلم عن تافع عن ابن عمر ، والشافعي في الأم. مسلم بشرح النوى ج ١٠ ص ١٩٠. صحيح البخاري بفتح الباري ج ٤ ص ٤٦٩. نصب الرأية ج ٤ ص ٥ (=)

ووجه الدلالة من الحديث أنه إن بيعت الشجرة وعليها ثمر مؤبر أي ملقح إذ التأبير هو التلقيح -فإن هذا الثمر يظل على ملك البائع عند الجمهور ، ولا ينتقل إلى ملك المشتري إلا إذا وقع التصريح ببيعه كأن يشترطه المشتري فيحتنذ يدخل في البيع مع أصله ، ومعلوم أن التأبير يكون بعد الظهور ، وقبل بدو الصلاح إذ لا يصلح الثمر إلا به^(١).

يقول الرملى فى حاشية على الأسنى « فيجوز بغير شرط القطع لخبر: من باع نخلا قد أبرث فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع. فدل على جواز إدخالها فى البيع ، وقيس على النخل غيره »^(٢).

ويقول ابن الصباغ « ... وإنما كان ذلك لأن النبى - ﷺ - قال: من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، وهذا يدل على أنه إذا اشترطها كانت للمشتري ، وذلك بيع الثمرة مع الأصول ... »^(٣).

وأما من جهة المعنى:

١- فلأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً فى البيع فلم يضر احتمال الفرر فيها كما احتملت الجهالة فى بيع اللبن فى الضرع مع بيع الشاة ، والنوى فى التمر مع التمر ، وأساسات الحيطان فى بيع الدار ، والحمل مع أمه^(٤).

(=) بلوغ المرام بشرحه سبل السلام ج٣ ص ٤٨ ، ٤٩ ، سنن ابن ماجه ج٢ ص ٧٤٥ ،

٧٤٦ ، منتقى الأخبار بشرحه نبيل الأوطار ج٦ ص ٢٥٧ ، الأم ج٣ ص ٤١ مجلد ٢/٢.

(١) وقد تناولنا ذلك بالتفصيل فى موطنه الأصلى وهو بحثنا «مدى تبعية الثمر والشجر والزروع لأصله فى البيع».

(٢) الرملى على الأسنى ج٢ ص ١٠٤.

(٣) الشامل ص ٢٨٧ ، ٢٨٨ ، وذكره المتولى فى تنمة الابانة ج٤ ورقة ١٦٥ ، والعمرانى فى البيان ص ١٤٦.

(٤) المغنى ج٤ ص ٢١٩ ، والشرح ج٤ ص ٢٣٤ ، ٢٣٥ ، ٢٣٦ ، كشف القناع ج٣

ص ٢٨١ ، ٢٨٢ ، الروض المربع ج٢ ص ١٣٠ ، ١٣١ ، الانصاف ج٥ ص ٦٥ ، شرح

الزركشى ج٢ ص ٤٩٥.

يقول الزركشي في شرحه «أما بيعها مع أصلها فيجوز إجماعاً لأنها إذا تتبع الأصل فأشبهت الحمل مع أمه ، وأس المحيط . وأيضاً قوله - $\frac{1}{2}$ - : من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع»^(١).

ويقول الشيرازي في المذهب «... لأن حكم الفرر يسقط مع الأصل كالفرر في الحمل يسقط حكمه إذا بيع مع الأصل»^(٢).

وفي الشامل يقول في الزرع مع الأرض «... لأنه إذا باعه مع الأرض فهو بائع لهما فلم يكن الفرر فيه يفسد العقد ، وإذا أفرد بالعقد وجب شرط القطع ليزول الفرر فيه حيث كان مقصود العقد»^(٣).

وعند المالكية يقول في الشرح الصغير في الثمر والزرع «لأنه صار تابعاً للأصل في البيع إذا وقع العقد عليهما معا»^(٤).

وفي الشامل يقول في الثمر «... وإنما كان ذلك لأنه نهى عن بيعها منفردة لما في ذلك من الفرر لأنه قد تصيبها الجائحة. فإذا باعها مع الأصول كانت تابعة لها ويجوز في التابع من الفرر ما لا يجوز في المتبوع ، كما يجوز بيع اللبن في الضرع مع الشاة ولا يجوز منفرداً ، وكذلك الحمل ، وكذلك بيع السقوف مع الدار ، وأساسات المحيطان»^(٥).

وعبارة المتولى في التتمة «... ولأن الثمرة إذا بيعت مع الشجرة

(١) شرح الزركشي السابق.

(٢) المذهب ج١ ص ٢٨١.

(٣) الشامل ص ٢٧٥.

(٤) الشرح الصغير وحاشية الصاوي ج٤ ص ٣١٠ ، ٣١١ ، وانظر جواهر الاكلیل ج٢

ص ٦٠ ، بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٨ ، القوانين ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، الشرح الكبير

وحاشية الدسوقي ج٣ ص ١٧٦ ، ١٧٧ ، شرح الخرش وحاشية العدوي ج٥ ص ١٨٥

مجلد ٣ / وانظر للاهاضي مثلهم في شرح النيل ج٨ ص ١١٢ ، الايضاح وحاشيته ج٥

ص ٥٩.

(٥) الشامل ص ٢٨٨ ، حاشية الباجوري ج١ ص ٣٥٠ ، روضة الطالبين ج٢ ص ٢١٤.

كانت تابعة للشجرة ، ويحتمل فى التوابع من العذر مالا يحتمل فى غيره
إذا كان ذلك الشئ مقصودا بالعقد كما جوزنا تملك اللبن فى الضرع والحمل
فى البطن مع الأصل ولايجوز مقصودا»^(١).

٢- أن الثمر فى هذه الحالة تابع للشجر ، والشجر لا يتعرض له عاهة
ولأنه يحتمل فى التوابع من العذر مالا يحتمل فى غيره إذا كان ذلك الشئ
مقصودا بالعقد ، ويجوز فى التابع من الغرر مالا يجوز فى المتبوع.

يقول فى التحفة «ولأن الثمر تابع للشجر الذى لا يتعرض له
عاهة»^(٢).

المناقشة:

ناقش ابن حزم الظاهرى ماذهب اليه الجمهور هنا فقال: وقاس
الشافعيون والمالكيون سائر الثمار على النخل ، وأجازوا هم والحنفيون بيع
الثمرة قبل بدو صلاحها ، وقبل أن تزهى على القطع أو مع الأصول ، وهذا
خلاف نهى رسول الله - ﷺ - ، وإباحة ما حرم وما عجز عليه السلام قط عن
أن يقول: إلا على القطع أو مع الأصول ، وما قاله عليه السلام قط ، فهو
شرع لم يأذن به الله تعالى^(٣).

دليل القول الثانى: استدل من قال بعدم جواز البيع مع الأصل
بدون شرط القطع بعموم النهى عن البيع قبل بدو الصلاح فهو كما لو باعه
مفردا بدون شرط القطع^(٤).

(١) تنمية الإبانة ج٤ ورقة ١٦٥ . وانظر شرح جلال المعلى وحاشيتى قلوبى وعميرة ج٢

ص ٢٣٤ ، البيان ص ١٤٦ ، أسنى المطالب وحاشية الرملى ج٢ ص ١٠٤ .

(٢) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٣ ، وانظر الشامل ص ٢٨٨ .

(٣) المعلى ج٧ ص ٣٣٧ مسألة ١٤٥٢ .

(٤) الانصاف ج٥ ص ٦٥ ، ولاحظ البيان ص ١٤٧ .

الراجع :

والراجع فى نظرنا هو قول الجمهور من صحة البيع مع الأصل بدون شرط القطع. أما المانع له فليس له دليل إلا التمسك بظاهر النص وعمومه.

ونقول له: ان النص معلق وفى البيع مع الأصول تزول علة النهي ، والحكم يدور مع العلة وجودا وعدما ، فالعلة توجد فى بيعها مفردة بدون شرط القطع ، أما مع الأصول فقد زالت لدخولهما فى ملك واحد ، وعلى القول الراجع تكون هذه المسألة مستثناة من شرط القطع كما صرحوا بذلك. والله أعلم.

عود على بدء فى مذهب الشافعية :

١- حكم اشتراط القطع إن بيعت الثمار والزرع مع الأصول :

ذهب جمهور الشافعية إلى القول بعدم جواز البيع مع الأصل بشرط القطع وعللوا ذلك بأن فى شرط القطع حجرا على المشتري فى ملكه مع الاستغناء عنه بالتبعية فيجوز بغير شرط القطع لتبعيته لما تؤمن فيه العاهة.

يقول الباجوري « ... بخلاف بيعها مع الشجرة فانه يجوز بغير شرط القطع لأن الثمرة تابعة للأصل وهو غير متعرض للعاهة ، ولايجوز بشرط القطع لأن فيه حجرا على المشتري»^(١)، وفى الأسنى «ولو باع الثمرة مع الشجرة لم يجز بشرط القطع لما فيه من الحجر على المشتري فى ملكه مع الاستغناء عنه بالتبعية فيجوز بغير شرط القطع لتبعيته لما تؤمن فيه العاهة»^(٢).

(١) حاشية الباجوري ج١ ص ٣٥٠ ، وانظر تنمى الابانة ج٤ ورقة ١٦٧ .

(٢) أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٤ ، وانظر تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٣ ، ٤٦٤ ، وشرح المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة ج٢ ص ٢٣٤ .

وأشار الهيتمى فى التحفة أن ما أفهمه كلام النووي والمنهاج من جواز بيع الزرع مع الأرض بشرط القطع أو القلع غير مراد بدلالة ما قاله قبل فى الثمر مع الشجر «ولا يجوز بشرط قطعه»^(١).

وفى شرح المحلى على المنهاج: «وان بيع» الثمر «مع الشجر» بضمن واحد جاز بلا شرط «ولا يجوز بشرط قطعه» لما فيه من الحجر عليه فى ملكه أ.هـ. قال قليوبى «قوله: بلا شرط» أي على أى حالة من الاطلاق وشرط الابقاء وشرط القطع لكن لما كان شرط القطع مبطلا استدرك باخراجه بقوله «ولا يجوز بشرط قطعه» والتعميم واجب لصحة الاستدراك^(٢).

ويعلق قليوبى وعميرة على قول المحلى فى بيع الزرع مع الأرض «فان بيع معها جاز بلا شرط كما فى الثمر والزرع».

فيقولان: أي جاز على أى حالة من شرط ابقائه أو قطعه أو قلعه أو إطلاق. نعم يمتنع بيعه معها بشرط القطع أو القلع كما يؤخذ من التشبيه بالثمر مع الشجر^(٣).

قالوا: وإنما جاز البيع هنا بدون شرط القطع بخلاف بيعها لمالك الأصل فلا بد من شرط القطع^(٤) لأن هنا تابعة فاغتفر الفرر. فى التحفة «وفارق بيعها من صاحب الأصل بأن هنا تابعة فاغتفر الفرر كأس الدار»^(٥). وفى

(١) «ولا يجوز» بيعه «بشرط قطعه» عند اتحاد الصفقة لأن فيه حجرا على المشتري فى ملكه ... أ.هـ. وفى بيع الزرع مع الأرض «فان بيع مع الأرض ... جاز بلا شرط كبيع الثمرة مع الشجرة» وقال الهيتمى «وما أفهمه المتن من جواز بيعه معها بشرط قطعه أو قلعه غير مراد كما علم من قوله: قبيله: ولا يجوز بشرط قطعه» التحفة على المنهاج ج٤ ص ٤٦٣ ، ٤٦٤.

(٢) شرح المحلى وحاشية قليوبى ج٢ ص ٢٣٤.

(٣) قليوبى وعميرة على شرح المحلى السابق.

(٤) وستأتى هذه المسألة فى الفصل الثانى. وما ذكر انما هو على الأصح فى المذاهب.

(٥) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٣.

قليوبى «والفارق بين الجواز هنا ، والمنع فى بيع الثمر من مالك الشجر
تبعية الثمر هنا للشجر»^(١).

الرأى فى المسألة :

ونرى أن شرط القطع فى بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح مع
أصولها شرط لا غرض فيه فيلغو الشرط ولا يضر العقد كشرط أن لا يأكل إلا
كذا وهو ما ذهب إليه البعض. ففى عميرة «نظر بعضهم فيه بأنه شرط
لا غرض فيه فينبغى أن يلغو ولا يضر العقد كشرط أن لا يأكل إلا كذا»^(٢).

٢- كون البيع قد تم فى صفقة واحدة :

صرح الشافعية بأن جواز بيع الثمار والزروع مع أصولها قبل بدو
الصلاح بدون شرط القطع مشروط بكون البيع قد تم فى صفقة واحدة ففى
التحفة «ولا يجوز بيعه بشرط قطعه عند اتحاد الصفقة»^(٣)، فان تعددت
الصفقة سواء بدون تفصيل فى الثمن أو بتفصيل فيه كأن جعل للشجرة
ثمنًا ، وللثمر ثمنًا وجب شرط القطع لانتفاء التبعية التى كانت سببا فى
جواز البيع بدون شرط القطع. يقول فى الأسنى «فان فصل الثمن كأن قال:
بعتك الشجرة بدينار ، والثمرة بعشرة وجب شرط القطع لانتفاء التبعية ،
وهذا من زياداته»^(٤) وذكره الرافعى فى باب المساقاة استشهدا ، وأسقطه^(٥)
من الروضة»^(٦)، وفى شرح المحلى «ولو قال: بعتك الشجر بعشرة والثمر
بدينار لم يجز إلا بشرط القطع لأنه فصل فانتفت التبعية ذكره الرافعى فى

(١) حاشية قليوبى ج٢ ص ٢٣٤.

(٢) حاشية عميرة ج٢ ص ٢٣٤.

(٣) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٣.

(٤) أي من زيادات صاحب الروض متن الأسنى.

(٥) أي النووي من كتبه روضة الطالبين.

(٦) أسنى الطالب ج٢ ص ١٠٤.

باب المساقاة استشهدا وأسقطه من الروضة « قال قليوبى « أفاد بهذا أن المراد بالمعينة فيما قبله^(١) اتحاد الصفقة ، ومثلها تعددها بغير تفصيل الثمن فقول البعض: ولو بتفصيل الثمن غير صحيح » و « قوله: وأسقطه من الروضة: أي فى الباب المذكور لذكره له فى محله لعدم اعتباره »^(٢).

وفى التحفة أيضا « فان بيع الشجر ... أو الثمر مع الشجر بثمر واحد جاز بلا شرط ... ومن ثم لو فصل الثمن وجب شرط القطع لزوال التبعية »^(٣).

وإذا كان البيع فى حال تعدد الصفقة لا يصح إلا بشرط القطع. فانهم قالوا: لا يجب الوفاء به لاجتماعهما فى ملك المشتري ولا معنى لتكليفه قطع ثمره عن شجره. ففى حاشية الشروانى على قول التحفة السابق « وجب شرط القطع: أي ولا يجب الوفاء به لاجتماعهما فى ملك المشتري ولا معنى لتكليفه قطع ثمره عن شجره^(٤) وإنما فائدة شرط القطع فيه الخروج من النهي وصحة البيع^(٥).

٣- بيع الزرع والأرض وفى الزرع حب غير ظاهر:

سبق عند الشافعية جواز بيع الزرع مع الأرض بدون شرط القطع ، وصرح فى الشامل بهذا حتى ولو كان الزرع قد سنبل ولم يشتد حبه^(٦) لكن فى البيان للعمرانى تفصيل قال « وإن باعه الزرع والأرض^(٧): فان كان

(١) أى بيع الثمر مع الشجر المذكور قبل هذا بدون شرط القطع.

(٢) شرح المعلى وقليوبى ج ٢ ص ٢٣٤.

(٣) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٤٦٣.

(٤) الشروانى على التحفة السابق.

(٥) حاشية قليوبى ج ٢ ص ٢٣٣.

(٦) راجع هامش القول الأول فى الغصن السابق.

(٧) وهذه المسألة بخلاف ما إذا باع أرضا فيها زرع للبائع - وقد ذكرناها فى كتابنا (-)

الزراع لاحب فيه: صحح البيع مطلقا من غير شرط القطع تبعا للأرض» فهذا هو حكم الزرع الذي لاحب فيه إن بيع مع الأرض وهو لم يختلف عما ذكرناه عن غيره ، ثم يذكر العمراني حكم هذا البيع إن كان فى الزرع حب فيقول «فإن كان حبا ظاهرا كالشعير والذرة: صح البيع فيهما. وإن كان غير ظاهر كالحنطة والدخن^(١) فإن قلنا بقوله القديم^(٢): إن بيع الحنطة فى سنبلها يصح: صح البيع فيهما. وإن قلنا بقوله الجديد: لا يصح بيع الحنطة فى سنبلها: لم يصح البيع فى الأرض والحنطة ، لأنه يكون بيع مجهول ومعلوم»^(٣).

والخلاصة:

أن بيع الزرع مع الأرض غير صحيح فيهما على الجديد للشافعى إن كان الزرع مما له حب غير ظاهر ، لكون الحب مجهول حينئذ فيكون بيع

(=) «مدى التبعة ...» حيث أن الزرع فيها لم يقع عليه البيع وإنما البيع وقع على الأرض فقط وفيها قال أبو إسحاق المروزي: إذا باع أرضا فيها زرع للبائع فهل يصح البيع فى الأرض؟ على قولين ، كبيع الأرض المزاجرة من غير المستأجر ، لأن الأرض فى يد البائع إلى أن يحصد زرعه ، كما أن الأرض بيد المستأجر إلى أن يستوفى منفعتها. وقال أكثر الأصحاب: يصح البيع قولا واحدا لأن يد المستأجر تحول بين المشتري وبين ما اشترى ، ويد البائع لا تحول بينه وبين الأرض ، لأن للمشتري أن يدخل إلى الأرض ويتصرف بما ليس بمزروع منها بما شاء من وجوه التصرفات التى لا تضر بالزرع ، ولأن هذا لو أشبه الأرض المستأجرة لوجب أن يبطل البيع قولا واحدا لأن مدة الاجارة معلومة ، ومدة بقاء الزرع مجهولة ، وهذا لم يقله أحد. البيان ص ١٣٥.

(١) الدخن: نبات عشبي من التجيليات حبه صغير أملس كحب السمسم ، ينبت برها ومزروعا ، المعجم الوجيز ص ٢٢٣ ، القاموس المحيط ص ١٠٧٧ ، مادة: دخن ، وفى المصباح ج ١ ص ١٩١ مادة: دخن : والدخنة وزان غرفة: بخور كالزهريرة ، يدخن بها البيوت. والدخن بالدال المشددة المضمومة والحاء الساكنة: حب معروف، الحبة: دخنة وانظر. مختار الصحاح ص ١١٢.

(٢) أي قول الشافعى فى مذهبه القديم.

(٣) البيان ص ١٣٥ ، ١٣٦ وسنعود إن شاء الله مرة أخرى إلى بيان حكم المستتر من الثمر أو الزرع فى الفصل الرابع.

مجهول وهو الحب ومعلوم وهو الأرض فيكون اجتماع في الصفقة مبيعان أحدهما مجهول.

الفصل الثاني

حكم بيع الثمار والزروع بعد الظهور وقبل بدو الصلاح مفردة لمالك الأصل

إذا بيعت الثمار والزروع بعد الظهور وقبل بدو الصلاح لمالك الأصل فإن البيع صحيح باتفاق ، وإنما الخلاف في شرط القطع ، هل شرط في صحة البيع أم ليس بشرط؟ وقبل بيان الخلاف نذكر صور المسألة على الوجه التالي:

١- إذا بيعت الشجرة بعد ظهور الثمر أى بعد تأبره كما في قليوبى وقبل بدو الصلاح فإن الثمرة تبقى على ملك البائع عند الجمهور إن لم يشترطها المشتري^(١) ثم بعد ذلك يبيعها لمالك هذه الشجرة فيكون قد باعها لمالك الأصل^(٢).

٢- إذا أوصى مالك الشجرة لانسان بشمرتها فتكون للموصى له ، ثم هذا الأخير يبيعها لمالك الشجرة وهم الورثة.

(١) عملاً بحديث رسول الله - ﷺ - «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع» وقد سبق تخريجه، ص ١٢٨ ، ٢٣٧.

(٢) جاء في البيان ص ١٤٧ «فرع: وان باع الثمرة قبل بدو الصلاح من صاحب النخل من غير شرط القطع أو باع الزرع قبل بدو صلاحه من صاحب الأرض من غير شرط القطع. ويتصور هذا بأن يبيع الرجل نخلاً وعليها ثمرة مؤبرة ، أو باع أرضاً فيها زرع ولم يشترط المشتري دخول الثمرة أو الزرع في البيع ، فقد ذكرنا أن الثمرة والزرع غير مبيعتين ، ثم باع البائع ذلك من صاحب النخل والأرض ، أو وصى لرجل بثمره نخله أو بزرع أرضه ثم مات ، وباع صاحب الثمرة ثمرته من مالك النخل ، وباع مالك الزرع زرعه من مالك الأرض قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع فهل يصح البيع؟ فيه وجهان...».

٣- إذا باع مالك الشجرة ثمرتها قبل بدو الصلاح بشرط القطع أو وهبها. ثم اشتراها قبل القطع.

والزرع مع الأرض كالثمر مع الشجر فيما تقدم.

جاء في الاسنى «ولو بيع من مالك الشجرة . كأن باعها بعد ظهور الثمرة لانسان ثم باع الثمرة منه ، أو أوصى بالثمره فباعها لمالك الشجرة فانه لايجوز إلا ...».

قال الرملى «أو باع الثمرة بشرط القطع أو وهبها ثم اشتراها قبله»^(١).

ويقول ابن قدامة فى الضرب الثالث من ضروب بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع «الثالث: أن يبيعها مفردة لمالك الأصل ، نحو

(١) أسنى المطالب وعليه حاشية الرملى ج٢ ص ١٠٤ ، وفى الحاوى ج٦ ص ٢٣٠ «فأما إذا ابتاع ثمرة لم يبد صلاحها وهو يملك نخلها التى هي عليه يبيع متقدماً أو هبة أو وصية ، فهل يلزم اشتراط القطع فى ابتاعها ؟ ...» وفى الروضة ج٣ ص ٢١٠ «إذا بيعت قبل بدو الصلاح ، فأما أن تباع مفردة عن الشجر ، وأما معه. الضرب الأول: المفردة ، وللأشجار صورتان ... الصورة الثانية: أن تكون الأشجار للمشتري بأن يبيع إنساناً شجرة ، وتبقى الثمرة له ثم يبيعها الثمرة ، أو يوصى لانسان بالثمره فيبيعها لصاحب الشجرة ، وفى اشتراط القطع وجهان ...» وفى التحفة «وقبل بدو الصلاح ان بيع منفرداً عن الشجر ... وقيل: إن كان الشجر للمشتري والثمر للبايع كان وهبه أو باعه له بشرط القطع ثم اشتراه منه أو باعه الموصى له به من الوارث -جاء بيع الثمرة له بلا شرط القطع ...» قال الشروانى: عبارة المغنى: كأن وهب الثمرة لانسان أو باعها له بشرط القطع ثم اشتراها منه أو أوصى بها لانسان فباعها لمالك الشجر أ.هـ.». تحفة المحتاج وحاشية الشروانى ج٤ ص ٤٦١ ، ٤٦٢ ، ٤٦٣ ، وانظر شرح جلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة ج٢ ص ٢٣٣ ، تسمية الابانة ج٤ ورقة ١٦٥ ، ١٦٦ ، الشامل ص ٢٨٨ ، البيان ص ١٤٧ ، وقد سبق نصه بهامش سابق ويعلق الشروانى والعبادى على قول التحفة «أو باعه له بشرط القطع ثم اشتراه منه»: قد يقال: كيف يصح شراؤه منه قبل قبضه المتوقف على قطعه إلا أن يجاب بما مر عن الجواهر فى حصول قبضه بالتخلية» حاشية الشروانى والعبادى ج٤ ص ٤٦٣.

أن تكون للبائع ولا يشترطها المبتاع فيبيعها له بعد ذلك ، أو يوصى لرجل
بشجرة نخلة فيبيعها لورثة الموصى. ففيه وجهان»^(١).

أقول: إذا اتضح هذا فإن للفقهاء في شرط القطع إذا بيعت الثمار
أو الزروع مفردة لمالك أصلها قولان للفقهاء.

القول الأول: أن شرط القطع ليس بشرط في صحة بيع الثمار
والزروع لمالك الأصل فيصح بيعها له بدون شرط القطع. وبه قال المالكية إن
تم بيعها لمالك الأصل قبل خروج هذا الأصل من ملكه^(٢) وصحة البيع بدون
شرط القطع وجه عند الشافعية صححه في أصل الروضة في المساقاة كما في
الأسنى قال الرملى «قال في المهمات: ما صححه في هذا الباب هو الذى
صححه فى باقى كتبه وهو المعروف أيضا فلتكن الفتوى عليه» وقال فى
التحفة: «وصححه الشيخان^(٣) فى المساقاة» قال الشروانى «وصححه

(١) المغنى ج٤ ص ٢١٩ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، وانظر شرح
الزركشى ج٣ ص ٤٩٥ ، ٤٩٦ ، كشف القناع ج٣ ص ٢٨٢ ، الروض المربع ج٢ ص
١٣١ ، ١٣٢ القواعد لابن رجب ص ٤٥ ، القاعدة: الخامسة والثلاثون «من ملك
منفعة عين بعقد ثم ملك العين».

(٢) فى شرح الخرشي ج٥ ص ١٨٥ مجلد / ٣ «يعنى أن بيع ما ذكر قبل بدو صلاحه يصح
فى ثلاث مسائل: ... الثانية: أن يبيع أصله من نخل أو أرض ثم بعد ذلك بقرب أو بعد
بحيث لم يخرج من يد المشتري له ، ألحق الزرع أو الثمر بأصله» وفى الشرح الصغير
«وصح بيع ثمر وزرع إن بدا صلاحه ... أو ألحق الثمر أو الزرع بالأصل بأن يشتري
الشجر والأرض ثم بعد ذلك يشتري الثمر أو الزرع فيجوز وإن لم يبدأ صلاحهما ،
الشرح الصغير وحاشية الصاوى ج٤ ص ٣١٠ ، ٣١١ وفى الشرح الكبير ج٣ ص ١٧٧
«وصح بيع ما ذكر قبل بدو الصلاح فى ثلاث مسائل وهى: ... أو بيع أصله من نخل أو
أرض ثم بعد ذلك بقرب أو بعد ألحق الثمر أو الزرع به أى بأصله المبيع قبله ...» قال
الدسوقي فى حاشيته على الشرح السابق ص ١٧٦ «وحاصل ما ذكره المصنف: أن الثمار
أى الفواكه والحبوب والبقول لا يصح بيعها إلا إذا بدا صلاحها ، أو بيعت مع أصلها ، أو
ألحقت بأصلها المبيع أو لا ، أو بيعت على الجذ بقرب ان نفع واحتيج له ولم يكسر ذلك
بين الناس. وانظر. جواهر الاكلیل ج٢ ص ٦٠ ، القوانين الفقهية ص ٢٤٤ ، ٢٢٥ ،
بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٨.

(٣) الشيخان هما: الرافعى ، والنووي.

الشيخان وهو الأوجه» (١).

وأشار البلقيني إلى تصحيحه (٢).

وهو أيضا وجه عند الحنابلة جزم به بعضهم ، وصححه البعض واختاره ، ولم يذكر البهوتي في كشفه غيره (٣) وبه قال الاباضية فالمنوع

(١) في الأسنى ... وقيل يجوز بيعها له بغير شرط القطع ... وصححه في أصل الروضة في المساقاة أسنى المطالب ومعه حاشية الرملى ج٢ ص ١٠٤ ، وفي الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٣٠ ... والوجه الثانى: أن اشتراط قطعها لا يلزم ، وفي تنمية الابهانة ، ج٤ ورقة ١٦٥ ، ١٦٦ «إذا كانت الشجرة لواحد والثمرة لآخر بأن كان قد أوصى بالشجرة لآسان وبالثمرة لغيره ، أو كان قد باع الشجرة واستبقى الثمرة ثم إن مالك الثمرة باعها قبل بدو الصلاح من مالك الشجرة فهل يعتبر فيه شرط القطع أم لا ؟ فيه وجهان والثانى لا يحتاج إلى شرط القطع ...» وفي الشامل ص ٢٨٨ «فأما إذا كانت الأصول لرجل والثمرة لآخر فباع صاحب الثمرة من صاحب الأصول فهل يصح ؟ وجهان: أحدهما: يصح ...» وانظر البيان ص ١٤٧ ، وفي المهذب ج١ ص ٢٨١ «وإن باع الثمرة من يملك الأصل أو الزرع من يملك الأرض ففيه وجهان: أحدهما: يصح ...» وأنظر روضة الطالبين ج٣ ص ٢١٠ ، شرح ابن قاسم وحاشية الباجورى ج١ ص ٣٥٠ ، تحفة المحتاج وحاشية الشروانى وحاشية العبادى ج٤ ص ٤٦١ : ٤٦٤ ، شرح المحلى وحاشية قلىوبى وحاشية عميرة ج٢ ص ٢٣٣ .

(٢) حاشية الرملى على الأسنى ج٢ ص ١٠٤ ، ١٠٥ .

(٣) فى الأنصاف ج٥ ص ٦٦ «فوائد: ... الثانية: يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لمالك الشجرة جزم به فى الرعاية الصغرى ، واختاره فى الحاوى الكبير وصححه فى المستوعب والتلخيص والحاوى الصغير والرعاية الكبرى. وفيه وجه آخر: لا يصح ، وهو ظاهر كلام المصنف والخرقي وأطلقهما فى المغنى والشرح والمحرر والفروع والفائق والزركشى ، فعلى الوجه الثانى لو شرط القطع صح» وفى الزرع أيضا يقول المرداوى «يجوز بيع الزرع قبل اشتداده لمالك الأرض جزم به فى تذكرة ابن عبدوس ، والحاوى الكبير ، واختاره أبو الخطاب وصححه فى الرعاية الصغرى والحاوى الصغير ، وفيه وجه آخر لا يصح وقدمه فى الرعاية الكبرى وهو ظاهر كلام المصنف وأطلقهما فى المغنى والشرح والمحرر والفروع والفائق والزركشى» الانصاف السابق.

وفى كشف القناع ج٣ ص ٢٨٢ «... أو بيع الثمرة لمالك الأصل أى الشجر فيجوز ، أو بيع الزرع لمالك الأرض فيسجوز البيع ويصح» وانظر. الروض المربع ج٢ ص ١٣٠ ، ١٣١ ، وشرح الزركشى ج٣ ص ٤٩٥ ، ٤٩٦ .

وفى المغنى فى الضرب الثالث من ضروب بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع «الثالث: أن يبيعها مفردة لمالك الأصل.. ففيه وجهان: أحدهما: يصح البيع (=)

عندهم اشتراط الابقاء^(١)، وكذلك الحنفية إذا أن المبطل عندهم فى بيع الثمار والزروع هو شرط الابقاء^(٢).

القول الثانى: لا يصح بيع الثمار والزروع بعد الظهور وقبل بدو الصلاح لمالك الأصل إلا بشرط القطع. وبه قال الحنابلة فى أحد الوجين^(٣). والشافعية فى أحد الوجهين كذلك وهو الأصح وعليه جمهور ، وقالوا: يجب شرط القطع تصحيحا للعقد لكن لا يلزم المالك الوفاء به ، قال الرملى فى حاشيته على الأسنى « ليس لنا شرط يجب ذكره لتصحيح العقد ولا يلزم الوفاء به إلا هذا »^(٤)، ويقول الشافعية هذا قال أبو الخطاب من الحنابلة كما

(=) ... والثانى: لا يصح ، وهو أحد الوجيهن لأصحاب الشافعى « وفى الزرع يقول « ولا يجوز بيع الزرع الأخضر فى الأرض إلا بشرط القطع فى الحال كما ذكرنا فى الثمرة مع الأصول ... وان باعه لمالك الأرض ، ففيه وجهان على ما ذكرنا فى الثمرة تباع من مالك الأصل. وقال أبو الخطاب: يجوز. وان باعه إياه بشرط القطع جاز وجه واحد ولم يلزم المشتري الوفاء بالشرط لأن الأصل له فهو كبيع الثمرة من مالك الأصل بشرط القطع » أنظر. المغنى ج٤ ص ٢١٩ . ٢٢٠ . والشرح الكبير ج٤ ص ٢٣٦ : ٢٤٠ .

(١) يقول أطفيش « ومن اشترى نخلا مؤبرا ولم يشترط ثمرها ثم اشترى ثمرها قبل الزهو بشرط الابقاء لم يجز لأن لثمرها حكما مستقلا ... هذا هو التحقيق وأجازته المالكية » شرح النيل ج٨ ص ١١٢ ، ويقول الشماخى « أما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا يجوز بلا خلاف » قال أبو سة فى حاشيته: « قوله: فلا يجوز ... الخ: » ظاهره أنه لا يجوز ولو كان الشجر للمشتري كأن يشتري أو لانخلا مؤبرا ولم يشترط ثمرتها ثم أراد شراؤها بعد ذلك من البائع بشرط التبقية وذلك لأنه وإن جاز شراؤها أو لا ، لا يجوز ثانيا ، لأنه إنما جاز أو لا تبعا للشجر ، وأما ثانيا: فلا يجوز ، لأن الثمرة لها حكم الاستقلال وقد نهى - ﷺ - عن بيعها مستقلة حتى تزهر أ.هـ. حاشية أبى سة على الإيضاح ج٥ ص ٥٩ .

(٢) راجع مذهبهم فى حال التبقية ، وحال الإطلاق ، وقد سبق، ص ١١٠ ، ١٢٣ .

(٣) راجع نصوص الحنابلة بهامش القول الأول ففيها الوجهان.

(٤) فى حلية العلماء ج٣ ص ٥٥٠ « فان باع الثمرة من صاحب الأصول قبل بدو الصلاح ... فإنه لا يجوز إلا بشرط القطع منجزا لعموم الخبر والمعنى لكن لا يلزم المالك الوفاء إذ لا معنى لتكليفه قطع ثمره عن شجره . وقيل: يجوز بيعها له بفجر شرط القطع ... والجمهور على الأول » قال الرملى « ليس لنا شرط يجب ذكره لتصحيح العقد ولا يلزم الوفاء به إلا هذا » أسنى المطالب وحاشية الرملى ج٢ ص ١٠٤ ، وفى المحارى ج٦ ص ٢٣٠ « فأما إذا ابتاع ثمرة لم يبد صلاحها وهو يملك نخلها التى هى عليه ببيع متقدم (=)

فى المغنى والشرح^(١).

الأدلة:

دليل القول الأول: استدل من قال بصحة بيع الثمار والزروع بعد الظهور وقبل بدو الصلاح مفردة لملك الأصل بدون شرط القطع بالآتى من المعنى:

١- القياس على مالو بيع الثمر والزروع مع أصله. يقول ابن الصباغ «... فهل يصح؟ وجهان: أحدهما: يصح لأنه يجتمع له ملك الأصول والثمره فجاز ذلك كما لو باعهما معا»^(٢).

وفى البيان «... والثانى: يصح البيع ، لأنهما يحصلان لواحد ، فهو كما لو اشتراهما دفعة واحدة»^(٣)، ويقول المتولى «... والثانى: لا يحتاج إلى شرط القطع لأنهما معا فى ملك رجل واحد ، ولو اشتراهما فى صفقة جاز فكذلك فى صفقتين»^(٤)، ويقول الماوردي «... والوجه الثانى: أن

(=) ... فهل يلزم اشتراط القطع فى ابتاعها؟ على وجهين. أحدهما: يلزم وإن لم يشترط فيها القطع فسد البيع... وفى الروضة ج٢ ص ٢١٠ «... أن تكون الأشجار للمشتري بأن يبيع انسانا شجرة وتبقى الثمرة له ثم يبيعه الثمرة... وفى اشتراط القطع وجهان: أحدهما عند الجمهور: يشترط ولكن لا يلزمه الوفاء بالشرط هنا بل له الإبقاء إذ لا معنى لتكليفه قطع ثماره عن أشجاره» وفى المذهب ج١ ص ٢٨١ «وإن باع الثمرة ممن يملك الأصل أو الزرع ممن يملك الأرض ففيه وجهان: ... والثانى: لا يصح... وفى البيان ص ١٤٧ «وإن باع الثمرة قبل بدو الصلاح من صاحب النخل من غير شرط القطع أو باع الزرع قبل بدو صلاحه من صاحب الأرض من غير شرط القطع... فهل يصح البيع؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يصح البيع... وانظر: تنمة الإبانة ج٤ ورقة ١٦٥ ، ١٦٦ ، ١٦٧ ، الشامل ص ٢٨٨ ، شرح ابن قاسم وحاشية الباجوري ج١ ص ٣٥٠ ، تحفة المحتاج وحاشية الشروانى وحاشية العبادى ج٤ ص ٤٦١ : ٤٦٤ ، شرح جلال المحلي وحاشية قلبوس وحاشية عميرة ج٢ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤.

(١) راجع نص المغنى والشرح بهامش القول الأول.

(٢) الشامل ص ٢٨٨.

(٣) البيان ص ١٤٧.

(٤) تنمة الإبانة ج٤ ورقة ١٦٥ ، ١٦٦.

اشتراط قطعها لا يلزم ، لأنها تصير تبعا للنخل في الملك كما لو اشتراها مع النخل»^(١) ، ويقول الشيرازي «وإن باع الثمرة من يملك الأصل أو الزرع من يملك الأرض ففيه وجهان: أحدهما: يصح ، لأنه يحصل للمالك الأصل فجاز كما لو باعها مع الشجر»^(٢) . وفي التحفة «... جاز بيع الثمرة له بلا شرط القطع لاجتماعهما في ملك شخص واحد فأشبهه ماله اشتراها معا وصححه الشيخان في المساقاة» قال الشرواني «وهو الأوجه»^(٣) .

وفي المغنى «... ففيه وجهان: أحدهما: يصح وهو المشهور من قول مالك ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأنه يجتمع الأصل والثمره للمشتري فيصح كما لو اشتراها معا»^(٤) .

٢- أنه إذا باعها لمالك الأصل حصل التسليم إلى المشتري على الكمال لكونه مالكا لأصولها وقرارها فصح كبيعها مع أصلها^(٥) .

المنافشة :

نوقش بعدم صحة القياس على البيع مع الأصول فالبيع مع الأصول مستثنى بالخبر المروى فيه وهو قول الرسول - ﷺ - «من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»^(٦) .

(١) الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٣٠ .

(٢) المهذب ج١ ص ٢٨١ .

(٣) تحفة المحتاج وحاشية الشرواني ج٤ ص ٤٦١ : ٤٦٤ ، وانظر شرح جلال المولى وحاشية قليوبي وحاشية عميرة ج٢ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، أسنى الطالب وحاشية الرملى ج٢ ص ١٠٤ .

(٤) المغنى ج٤ ص ٢١٩ ، ٢٢٠ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٣٦ ، وانظر شرح الزركشي ج٣ ص ٤٩٥ ، ٤٩٦ ، كشف القناع ج٣ ص ٢٨٢ ، الروض المربع ج٢ ص ١٣٠ ، ١٣١ .

(٥) انظر المصادر السابقة. المغنى وما بعده .

(٦) سبق تخريجه، ص ١٢٨ ، ٢٣٧ .

يقول ابننا قدامة «... بخلاف ما إذا باعهما معا فانه مستثنى بالخبر المروي فيه».

ولأنه أيضا كما يقول ابننا قدامة أن «الغرر فيما يتناوله العقد أصلا يمنع الصحة ، وفيما إذا باعهما معا تدخل الثمرة تبعا ويجوز في التابع من الغرر مالا يجوز في المتبوع كما يجوز بيع اللبن في الضرع والحمل مع الشاة وغيرهما»^(١).

دليل القول الثاني: استدل من قال بعدم صحة البيع فيما ذكر لمالك الأصل إلا بشرط القطع بالسنة والمعنى.

١- أما السنة: فأحاديث النهي عن بيع الثمار والزروع قبل بدو صلاحها. وقد تقدم أن هذا العموم في النهي قد خص بالاجماع على الصحة بشرط القطع ، فاذا لم يشترط القطع في البيع لمالك الأصل كان هذا البيع داخلا في عموم النهي فيبطل.

جاء في الأسنى «... فباعها لمالك الشجرة فانه لايجوز إلا بشرط القطع منجزاً لعموم الخبر والمعنى لكن لايلزم المالك الوفاء إذ لا معنى لتكليفه قطع ثمره عن شجره»^(٢).

وفي التحفة «... ولكن الأصح ما هنا^(٣) لعموم النهي والمعنى إذ المبيع الثمرة ولو تلف لم يبق في مقابلة الثمن شيئا. قلت^(٤) فان كان الشجر للمشتري وشرطنا القطع أي شرطه كما هو الأصح لم يجب الوفاء به»

(١) المغنى ج٤ ص ٢١٩ ، والشرح ج٤ ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، ولاحظ الايضاح ج٥ ص ٥٩.

(٢) أسنى المطالب ومعه حاشية الرملي ج٢ ص ١٠٤.

(٣) «ما هنا» أي من عدم الصحة بدون شرط القطع. حاشية الشرواني ج٤ ص ٤٦٣.

(٤) القائل هو النووي في منهاج الطالبين متن التحفة.

قال الهيثمي « إذ لامعنى لتكليفه قطع ثمره عن شجره »^(١).

وفى المغني والشرح « ... والثانى: لا يصح ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ... لأنها تدخل فى عموم النهي بخلاف ما إذا باعها معا فانه مستثنى بالخبر المروي فيه »^(٢).

٢- وأما المعنى: أ- فلأن العقد يتناول الثمرة خاصة ، والغرر فيما يتناوله العقد أصلا يمنع الصحة كما لو كانت الأصول لأجنبى^(٣).

ويقول العمرانى « ... أحدهما لا يصح البيع ، لأنه باع الثمرة والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع فلم يصح البيع كما لو باع ذلك من غير مالك النخل والأرض^(٤). أى أن إلحاق هذه الحالة بحالة البيع مفردا لغير مالك الأصل أى لأجنبى أقيس من الإلحاق بحالة البيع معا فى صفقة واحدة.

وفى هذا المعنى يقول ابن الصباغ « ... والثانى: لا يجوز ، لأن العقد تناول الثمرة خاصة والغرر فيما تناوله العقد غير تابع فمنع صحة العقد كما لو كانت الأصول لغير المشتري ، وهو أقيس »^(٥).

ويقول المتولى « ... فهل يعتبر فيه شرط القطع أم لا ؟ فيه وجهان: أحدهما: يعتبر لأن الثمرة مقصودة بالبيع فصار كما لو باعها من غيره »^(٦).

(١) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦١ : ٤٦٣ ، وانظر نفس الكلام فى شرح جلال المحلى وحاشية

قليوبى وعميرة ج٢ ص ٢٣٣.

(٢) المغنى ج٤ ص ٢١٩ ، الشرح الكبير ج٤ ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، وانظر شرح الزركشي ج٣ ص ٤٩٥ ، ٤٩٦.

(٣) المصادر السابقة.

(٤) البيان ص ١٤٧.

(٥) الشامل ص ٢٨٨.

(٦) تنمة الابانة ج٤ ورقة ١٦٥ ، ١٦٦ ، ولاحظ فى الزرع ص ١٦٨.

ويقول الماوردي «... أحدهما: يلزم ، وإن لم يشترط فيها القطع فسد البيع لأنها ثمرة قد أفردت بعقد البيع»^(١).

ويقول الشيرازي «وان باع الثمرة ممن يملك الأصل أو الزرع ممن يملك الأرض ففيه وجهان ... والثاني: لا يصح لأنه أفردته بالبيع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع فأشبهه إذا باعها من غير مالك الأصل»^(٢).

ب- قال في التحفة: ولكن الأصح ما هنا لعدم النهي والمعنى إذ المبيع الثمرة ولو تلف لم يبق في مقابلة الثمن شيء^(٣).

٣- أن القطع حق لله تعالى فلا يسقط بالتراضي «قال البلقيني: إذا باع زرعاً قضيلاً بشرط القطع ثم باع الأرض من مشتريه هل يسقط حق القطع؟ وجهان ذكرهما القاضي حسين وغيره. توجيه المنع: أنه حق لله تعالى فلا يسقط بالتراضي»^(٤).

٤- استدل أبو الخطاب من الحنابلة ، وكذلك الشافعية على عدم لزوم الوفاء بالشرط هنا بقولهم: أنه لا معنى لتكليفه قطع ثمره عن شجره.

قال النووي «قلت: فإن كان الشجر للمشتري وشرطنا القطع لم يجب الوفاء به» قال الهيثمي: أي شرطه البائع علي المشتري كما هو الأصح لم يجب الوفاء به إذا لا معنى لتكليفه قطع ثمره عن شجره^(٥) وهو أيضا قول

(١) الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٣٠.

(٢) المهذب ج١ ص ٢٨١ ، وانظر شرح ابن قاسم وحاشية الباجوري ج١ ص ٣٥٠ ، وشرح جلال المصطفى وحاشية قليوبي وعميرة ج٢ ص ٢٣٣.

(٣) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٢ ، ٤٦٣ ، وانظر . المغنى ج٤ ص ٢١٩ ، والشرح ج٤ ص ٢٣٧ ، ٢٣٨.

(٤) حاشية الرملی على الأسنى ج٢ ص ١٠٤ ، ١٠٥ ، قال ابن الرفعة: ومنه يؤخذ أن الذي إذا علا بناء على مسلم وحكم بالهدم ثم باعه لمسلم هل يسقط حق الهدم؟ فيه مثل الخلاف. الرملی السابق.

(٥) منهاج الطالبين وتحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٢ ، ٤٦٣.

الرافعى فى الشرح^(١).

وفائدة اشتراطه: الخروج من النهي وصحة البيع. قال قليوبى «... أي شرطنا فى صحة البيع ذكر شرط القطع لم يجب الوفاء به. وفائدة شرط القطع فيه الخروج من النهي وصحة البيع»^(٢).

وفى المغنى والشرح فى بيع الزرع لمالك الأرض «وقال ابو الخطاب: وإن باعه اياه بشرط القطع جاز وجها واحدا ولم يلزم المشتري الوفاء بالشرط لأن الأصل له فهو كبيع الثمرة من مالك الأصل بشرط القطع»^(٣).

الراجع:

والباحث يرى رجحان القول الأول وهو صحة البيع لمالك الأصل بدون شرط القطع وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء. وصححه الرافعى والنووي من الشافعية ، وقال الشروانى بوجاهته.

وحجتنا فى الترجيح هى الآتى:

١- أن اشتراطه لصحة البيع عند المشترطين له: شكلية لامبرر لها. إذ أنهم يقولون: إنما اشترطناه للخروج من النهي ليصح البيع ولكن لايلزم الوفاء به إذ لامعنى لتكليف المشتري للثمرة وهو مالك أصلها ، أو للزرع وهو مالك أرضه: قطع ثمره عن شجره أو زرعه عن أرضه.

ومادام هذا لامعنى له فلماذا اشترطوه؟ إذ التعلل بالخروج من النهي

(١) شرح جلال المحلى ج٢ ص ٢٣٣ «قلت» كما قال الرافعى فى الشرح: فان كان الشجر للمشتري وشرطنا القطع كما هو الأصح لم يجب الوفاء به. قال المحلى: إذ لامعنى لتكليفه قطع ثمره من شجره.

(٢) قليوبى على شرح المحلى السابق. وانظر فى هذا. أسنى المطالب وحاشية الرمل ج٢ ص ١٠٤ ، روضة الطالبين ج٢ ص ٢١٠ ، شرح ابن قاسم وحاشية الباجورى ج١ ص ٣٥٠.

(٣) المغنى ج٤ ص ٢٢٠ ، والشرح ج٤ ص ٢٣٩ ، ٢٤٠.

لا يكفى فى الاقتناع ، إذ هو لفظ فقط يقال لكن لا أثر له من الناحية العملية ، ونحن نعرف أن العبرة فى العقود بالقصود والنيات لا بالألفاظ والمباني.

٢- أنه فى حالة اختيار المشتري عدم الوفاء به وقد أجزأه له بصادم الأمر بالوفاء بالشروط والعهود.

فالأوجه هو القول بصحة البيع لمالك الأصل بدون شرط القطع. والله أعلم.

عود على بدء:

١- إن بيعت الثمرة والزرع أو لا ثم اشترى صاحبها الأصل:

ما تقدم كان عن بيع الأصل أولاً ثم ألحق به الثمر أو الزرع. فان بيعت الثمرة أو بيع الزرع أو لا قبل بدو الصلاح ثم اشترى مشتريها الأصل بعد ذلك فهل يعفى من شرط القطع ويصح البيع؟ أم يفسد من أصله؟.

أقول: ممن صرح بهذه المسألة الحناابلة وذكر ابن رجب أنه إن كان الشراء بشرط القطع فان للأصحاب تردد فى فسخ البيع فى الثمرة على وجهين ، والمجزم به فى الكافى أنه لا يفسخ بغير خلاف.

ففى قاعدة: من ملك منفعة عين بعقد ثم ملك العين بسبب آخر هل يفسخ العقد الأول أم لا؟ جاء «... منها مالو اشترى طلعا لم يؤثر فى رؤوس نخله بشرط قطعه ثم اشترى أصله فى الحال ، فهل يتخرج انفساخ البيع فى الطلع على مامر من الوجهين لأنه بمنزلة المنفعة لتبعه فى البيع؟ أم لا ، لأنه عين مستقلة؟ فيه تردد ، والمجزم به فى الكافى أنه لا يفسخ بغير خلاف» (١).

(١) القواعد لابن رجب ص ٤٥. القاعدة الخامسة والثلاثون «من ملك منفعة عين ثم ملك العين بسبب آخر هل يفسخ العقد الأول أم لا؟».

وللمالكية تفصيل نذكره على الوجه التالي:

أ- أنه أن اشترى الثمرة أو الزرع بدون شرط القطع ثم اشترى الأصل بطل البيع كله. أما في الأول فلعدم شرط القطع مع وقوع بيع الثمر أو الزرع مفردا. وأما في الثاني فلتأخره عنه فلو أجزنا صار المتبوع تابعا.

يقول الصاوي بعد ذكره صورة اللاحاق الجائزة وقد ذكرناها «وأما عكس ذلك كما إذا بيع الثمر أولاً ، ثم الحق أصله به فممنوع لفساد البيع الأول حيث لم يكن بدا صلاحه ، ولا يلحق بالثاني لتأخره عنه». صرح به أيضا الدسوقي ، والعدوي على الحرشي^(١).

ب- أما إذا كان الشراء للثمر والزرع علي القطع ثم اشترى الأصل فالبيع صحيح بخلاف ما إذا اشتراها على التبقية ثم اشترى الأصل فلا بد من فسخ البيع لأن الشراء كان فاسدا فلا يصلحه شراء الأصل. لكن إن صار إليه الأصل بميراث من بائع الثمرة لم يفسخ الشراء إذ لا يمكنه أن يردّها على نفسه ، فان كان ميراثه من غير بائع الثمرة وجب الفسخ فيها.

ج- إن اشترى الثمر أو الزرع قبل الابار^(٢) على البقاء ثم اشترى الأصل ولم يفتن لذلك حتى أزهرت فالبيع صحيح وعليه قيمة الثمرة لأنه بشراء الأصل كان قابضا للثمرة وفاتت بما حصل فيها عنده من الزهو.

د- إن اشترى الثمرة قبل الابار ثم اشترى الأصل قبل الابار أيضا فسخ البيع فيهما لأنه بمنزلة من اشترى نخلا قبل الابار على أن تبقى الثمرة

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ج٢ ص ٣١٠ . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير

ج٣ ص ١٧٦ ، العدوي على الحرشي ج٥ ص ١٨٥ مجلد ٣.

(٢) «الابار» هكذا في حاشية الدسوقي. وفي حاشية الصاوي «الابان». والابان بالكسر والتشديد: وقت الشيء. يقال: كل الفاكهة في إبانها أي في وقتها ، مختار الصحاح ص ١٠ والمعنى واحد وهو قبل بدو الصلاح.

للبنائع وهو لايجوز ، فلو اشترى الأصل بعد الابار فسخ البيع فى الثمرة فقط.

وما سبق ذكره المواق عن ابن رشد من سماع عيسى. ونقله الصاوى فى حاشيته وكذلك الدسوقى^(١).

٢- شرط القطع فى بيع أصول^(٢) البطيخ ونحوه مفردة قبل بدو الصلاح:

اتفق الفقهاء على جواز بيع أصول ماتتكرر ثمرته من الزرع كالقشاة والخيار والباذنجان والبطيخ ، وشبهها . ولكن هل جواز بيع هذه الأصول يلزم فيه شرط القطع؟ قولان للفقهاء.

القول الأول: يصح بيع هذه الأصول التى تتكرر ثمرتها من غير شرط القطع ذكره الفاضى من الحنابلة ، وهو مذهب أبى حنيفة ، والشافعى قاله ابنا قدامة ثم قالوا: ولا فرق بين كون الأصول صفارا أو كبارا مثمرة أو غير مثمرة لأنه أصل فيه الثمرة فأشبهه الشجر. فان باع المثمر منه فثمرته الظاهرة للبنائع متروكة إلى حين بلوغها إلا أن يشترطها المبتاع. فان حدثت

(١) فى حاشية الدسوقى «وقد ذكر المواق هنا فروعا عن ابن رشد من سماع عيسى ونصه: إذا اشترى الثمرة على الجذ قبل بدو الصلاح ثم اشترى الأصل جاز له بقاؤها بخلاف ما إذا اشتراها على التبقية ثم اشترى الأصل فلا بد من فسخ البيع فيها لأن شراؤها كان فاسدا فلا يصلح شراء الأصل. فان صار إليه الأصل بميراث من بائع الثمرة لم يفسخ شراؤها إذ لا يمكن أن يردّها على نفسه ، فان ورثة من غير بائع الثمرة وجب الفسخ فيها. ولو اشترى الثمرة قبل الابار على البقاء ثم اشترى الأصل فلم يفتن لذلك حتى أزهت فالبيع ماض وعليه قيمة الثمرة لأنه بشراء الأصل كان قابضا للثمرّة وفاتت بما حصل فيها عنده من الزهو. فلو اشترى الثمرة قبل الابار ثم اشترى الأصل قبل الابار أيضا فسخ البيع فيهما لأنه بمنزلة من اشترى نخلا قبل الابار على أن تبقى الثمرة للبنائع وهو لايجوز. فلو اشترى الأصل بعد الابار فسخ البيع فى الثمرة فقط» حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٣ ص ١٧٧ ، وانظر عين النص أيضا فى حاشية الصاوى على الشرح الصغير ج٤ ص ٣١١ ، ٣١٢.

(٢) والمراد بالأصل هنا الساق التى تحمل الثمرة.

ثمرة أخرى فهي للمشتري وإن اختلطت بثمرة البائع ولم تتميز كان الحكم فيها كثرة الشجرة إذا اختلطت بثمرة أخرى^(١).

ويقول البهوتي «ويصح بيع هذه الأصول التي تتكرر ثمرتها كأصول القشاء والخيار والباذنجان من غير شرط القطع كبيع الشجر ، صفارا كانت الأصول أو كبارا مثمرة كانت أو غير مثمرة بدا صلاح ثمرها أو لم يبدأ كالشجر ، لأن العقد على الأصول ، وأما الثمرة فتابعة كالحمل مع أمه»^(٢).

وللشافعية تفصيل فعدم اشتراط القطع إنما إذا بيع بعد الاثمار وكانت الثمرة مما لا يغلب اختلاطها ، وإلا لزم شرط القطع أو القلع لصحة البيع.

يقول النووي «إذا أفرد البطيخ بالبيع ووراه حالتان» أما الحالة الأولى وهي التي معنا فيقول فيها: إذا أفرد أصوله بالبيع. قال العراقيون وغيرهم: يجوز ولا حاجة إلى شرط القطع إذا لم يخف الاختلاط ، ثم الحمل الموجود يبقى للبائع وما يحدث يكون للمشتري. وإن خيف اختلاط الحملين فلا بد من شرط القطع ، فان شرط فلم يتفق حتى وقع الاختلاط فطريقان سنذكرهما في نظيره إن شاء الله تعالى^(٣). ولو باع الأصول قبل خروج الحمل فلا بد من شرط القطع والقلع كالزروع الأخضر ، وإذا شرط ثم اتفق بقاؤه حتى خرج الحمل فهو للمشتري^(٤).

(١) المغنى ج٤ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢١٩ ، ٢٢٢ ، ٢٢٣ .
(٢) كشف القناع ج٣ ص ٢٨٢ ، ٢٨٣ ، وانظر. شرح الزركشي ج٣ ص ٥٠٩ ، ٥١٠ ،
الاتصاف ج٥ ص ٦٧ ، ٦٨ ، وحكم الثمرة المذكور إنما هو ثابت بالتبعية وليس من محل بحثنا .

(٣) سيأتي إن شاء الله في ثمر وزرع يغلب اختلاطه لغلبة تلاحق ثمرته .
(٤) روضة الطالبين ج٣ ص ٢١٣ ، وانظر. تحفة المحتاج وحاشية الرملى وحاشية العبادي ج٤ ص ٤٦٣ ، الشامل ص ٢٥٩ ، أسنى المطالب وحاشية الرملى ج٢ ص ١٠٥ وفيه
«إن باع الأصل قبل أن يثمر كالزروع الأخضر فإنه يشترط القطع أو القلع أي يشترط (=)

القول الثاني: أن أصول هذه الأشياء لا تباع مفردة إلا إذا أمنت العاهة وهو قياس قول الخرقى من الحنابلة «وقياس قول الخرقى أن أصولها لا تباع مفردة إلا إذا أمنت العاهة إلا أن تباع مع الأرض أو لمالكها أو بشرط القطع»^(١)، وهو أيضا ظاهر كلام صاحب التلخيص «قال فى التلخيص: ويحتمل عندي عدم جواز بيع البطيخ ونحوه مع أصله إلا أن يبيعه مع أرضه»^(٢).

٣- شرط القطع فى بيع البطيخ ونحوه مع أصوله مفردا قبل بدو الصلاح:

إذا بيع البطيخ ونحوه مع أصوله فللقها. قولان فى شرط القطع.

القول الأول: أنه لا يجب شرط القطع وهو المنقول المعتمد عند الشافعية وصححه السبكي والأسنوى وغيرهما ، وجزم به البعض كصاحب الحاوى والأنوار ، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة وعليه الأصحاب كما فى الانصاف وغيره. قياسا على بيع الثمر مع الشجر.

القول الثانى: يجب شرط القطع وإن بيع مع أصوله. لأن البطيخ مع أصوله متعرض للعاهة بخلاف الشجرة مع الثمرة. وبه قال الامام من الشافعية وتبعه الغزالى. ورجحه صاحب التلخيص من الحنابلة واختاره^(٣).

(=) أحدهما ، فلو باعه كذلك فاتفق بقاؤه حتى خرج الثمر فهو للمشتري ، صرح بذلك فى الأصل وأطلق الشجر على أصول البطيخ ونحوه وفى ذلك تسامح . ويقول النووي «ومقتضى ما ذكرناه فى بيع الأصول وحدها إذا لم يخف الاختلاط أنه لا حاجة إلى شرط القطع ، والباذنجان ونحوه كالبطيخ فى كل الأحوال» روضة الطالبين ج ٢ ص ٢١٣.

(١) شرح الزركشى ج ٢ ص ٥٠٩ . ٥١٠.

(٢) الانصاف ج ٥ ص ٦٧ ، شرح الزركشى السابق.

(٣) جاء عند الشافعية «... ونحو بطيخ وبادنجان وقثاء. كذلك على المنقول المعتمد فلا يجب شرط القطع فيه إن بيع مع أصله وإن لم يبيع مع الأرض» تحفة المحتاج ج ٤ ص ٤٦٣. ويقول الباجورى «ولا يصح بيع البطيخ والبادنجان ونحوهما قبل بدو الصلاح إلا بشرط القطع وإن بيع من مالك الأصل . ولو بيع ذلك مع أصول فكبيع الثمرة مع الشجرة (=)

والراجع في نظرنا هو القول الأول لأنه قول الجمهور ، ولأنه المنقول بخلاف القول الثاني فهو تفقها لانقلا « قال ابن الرفعة وغيره: والامام لم يبد الأول إلا تفقها لانقلا كما يقتضيه سياق لفظه » قاله في الأسنى^(١).

(=) على المعتمد « حاشية الباجوري ج ١ ص ٣٥٠ ، ويقول قليوبى « وإن بيع الشجر مع الشجر بالمعنى الشامل لشجر النجم كالبطيخ والقثاء . كما تقدم امتنع شرط القطع ، حاشية قليوبى ج ٢ ص ٢٣٤ ، وانظر حاشية الشروانى وحاشية العبادى ج ٤ ص ٤٦٣ ، وقال عميرة « تنبيه: لو بيع البطيخ أو الباذنجان ونحوها قبل بدو الصلاح مع أصوله فالأصح على ما دل عليه كلام الرافعى أنه كبيع الشجر مع الشجر » حاشية عميرة ج ٢ ص ٢٣٤ ، وهذا الوجه صححه السبكي وغيره . قال الرملى « قال شيخنا: وهو المعتمد . قال ابن الرفعة وغيره: وعليه جرى سليم وغيره من العراقيين وهو المنقول » قال الرملى « وجزم به صاحب الحاروى والأتوار ، وصححه السبكي ، والأسنوي وغيرهما ، ونقله المصنف فى شرح ارشاده عن الأكثرين . قال السبكي: الصحيح الصحة من غير شرط القطع » حاشية الرملى مع أسنى المطالب ج ٢ ص ١٠٥ ، وعن الوجه الثانى جاء فى الأسنى ج ٢ ص ١٠٥ « وفى إطلاقه الشجر على أصول البطيخ ونحوه تسامح . قال: الامام وتبعه الغزالى ان باع البطيخ ونحوه مع أصوله وجب شرط القطع لتعرضهما للعاهة بخلاف الشجر مع الشجر . لا إن باعهما مع الأرض فلا يحتاج إلى شرط القطع فالأرض كالشجر . وهو أي ما قاله الامام من وجوب شرط القطع فيما إذا باع البطيخ ونحوه مع الأصول مخالف للمسألة قبلها وهى عدم وجوب شرط قطع الشجرة فى بيع الأصول وحدها عند أمن الاختلاط . قال فى الأصل: ومقتضاء عدم وجوب شرط فيما قاله الإمام » . ويقول النوي « قال الامام الغزالى: لا بد من شرط القطع ، لأن البطيخ مع أصوله متعرض للعاهة بخلاف الشجرة مع الشجرة فلو باع البطيخ مع الأرض استغنى عن شرط القطع ، والأرض كالشجر » روضة الطالبين ج ٣ ص ٢١٣ ، وانظر شرح جلال المحلى وحاشية قليوبى وحاشية عميرة ج ٢ ص ٢٣٤ وقال عميرة « وقيل: لا بد من شرط القطع لضعف أصوله » . وعند الحنابلة جاء فى الانصاف « ولا يجوز بيع القثاء ونحوه إلا لقطة لقطة إلا إن بيع أصله » قال المرادوى « إن باعه بأصله صح على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب ، وقال فى التلخيص: ويحتمل عندي عدم جواز بيع البطيخ ونحوه مع أصله إلا أن يبيعه مع أرضه . قال فى القاعدة الثمانين: ورجع صاحب التلخيص: أن المقائى ونحوها لا يجوز بيعها إلا بشرط القطع وهو مقتضى كلام الحرقى وابن أبى موسى » . الانصاف ج ٥ ص ٦٧ ، ٦٨ ، وانظر . شرح الزركشى ج ٣ ص ٥٠٩ ، ٥١٠ ، كشاف القناع ج ٢ ص ٢٨٢ .

٤- شرط القطع فى بيع أصول البقول مفردة:

للفقهاء: فى بيع أصول البقول مفردة بدون شرط القطع قولان.

القول الأول: أنه لا يجوز بيع هذه الأصول إلا بشرط القطع أو القلع سواء كان مما يجز مرارا ، أو لا يجز إلا مرة. وبه قال الجمهور وهو الأصح .

القول الثانى: يجوز بيع أصول البقول بدون شرط القطع إذ لا يتعرض للآفة. ومن قال به الغزالي من الشافعية^(١).

يقول النووي « فرع. لا يصح بيع الزرع الأخضر إلا بشرط القطع فان باعه مع الأرض جاز تبعا ، وكذا لا يجوز بيع البقول فى الأرض دون الأرض إلا بشرط القطع أو القلع سواء كان مما يجز مرارا ، أو لا يجز إلا مرة ، هكنا نقله صاحب التهذيب وغيره فى البقول. وقال الغزالي: بيع أصول البقول لا يتقيد بشرط القطع إذ لا يتعرض للآفة»^(٢).

(١) لاحظ ما سبق عند الفقهاء فى حكم بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح ومن الزرع الأخضر البقول. وسيأتى ان شاء الله فى حكم بيع القصيل ومنه ما يجز مرة بعد مرة.

(٢) روضة الطالبين ج ٣ ص ٢١٤.

الفصل الثالث

حكم بيع الثمار والزروع بعد بدو الصلاح

وقبه ثلاثة مباحث.

المبحث الأول: حكم بيع الثمار والزروع مفردة بعد بدو الصلاح.

المبحث الثاني: بم يكون بدو الصلاح ووقت أمان العاهة؟.

المبحث الثالث: حكم بيع الثمار والزروع مفردة إذا بدا صلاح البعض.

المبحث الأول

حكم بيع الثمار والزروع مفردة بعد بدو الصلاح

أقول: انه باستبعاد قول أبي سلمة بن عبد الرحمن ، وعكرمة الذهاب إلى أنه لا يجوز بيع الثمار والزروع إلا بعد الصرام^(١) يمكن القول بأن عامة الفقهاء يرون من حيث الجملة جواز بيع الثمار والزروع بعد بدو الصلاح وأنه يجوز بيعها بعد بدو الصلاح مع الأصل ، أو لمالك الأصل ، كما أنه يجوز بيعها بعد بدو الصلاح مفردة بشرط القطع ، ومطلقا عن شرط القطع وعن شرط التبقية.

ثم اختلفوا في بيعها مفردة بعد بدو الصلاح بشرط التبقية ، فهذا هو محل الخلاف في بيعها بعد بدو الصلاح^(٢) ولهم فيه قولان.

(١) لاحظ هذا الاتجاه في الفصل السابق، ص ٩١.

(٢) لكن ينبغي التنبيه على أن جواز البيع المذكور هنا إما هو من جهة بدو الصلاح من حيث هو ، وإلا ففي بعض الأحوال لا يكفي بدو الصلاح في صحة البيع عند البعض كما (=)

القول الأول: يجوز بيع الثمار والزروع مفردة بعد بدو الصلاح بشرط القطع ، وبشرط التبقية ، ومطلقا عن الشرط. والاطلاق يقتضى التبقية إلى أوان الجذاذ ، والحصاد^(١) وبه قال الجمهور^(٢) المالكية^(٣).

(=) فى ثمار وزروع غير ظاهرة أو مستترة ، كما أن البعض لا يكتفى ببدا الصلاح فى صحة البيع بدون شرط القطع كما فى ثمار يغلب تلاحقها واختلاطها. وسيأتى حكم هذا فى الفصل الرابع «بيع المستتر . وبيع ما يأتى بطونا».

(١) والجذاذ هو القطع ويكون فى الثمر. وأما الحصاد فهو فى الزرع. النظم المستعذب ج١ ص ٢٨١ ، وحصد الزرع وغيره أى قطعه. والمحصد: المنجل وزنا ومعنى. وأحصد الزرع ، واستحصد أى حان له أن يحصد ، وهذا زمن الحصاد بفتح الحاء وكسرها. مختار الصحاح ص ٨١ باب الحاء. المصباح المنير ج١ ص ١٣٨ كتاب الحاء. وأما الجذاذ فقد مر.

(٢) يقول ابن رشد «شراء الثمرة مطلقا بعد الزهر. رأي الجمهور: وأما شراء الثمرة مطلقا بعد الزهر فلا خلاف فيه ، والاطلاق فيه عند جمهور فقهاء الأمصار يقتضى التبقية» بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٨ ، وذكر ابن الهمام الحنفى أنه قول الأئمة الثلاثة -مالك والشافعى وأحمد- شرح فتن القدير ج٥ ص ٤٨٩ ، وانظر. فتح البارى ج٤ ص ٤٦٣ ، شرح مسلم للنووي ج١٠ ص ١٨٢ ، مجمع الأنهر ج٢ ص ١٨ فيه أنه للأئمة الثلاثة ، والشامل ص ٢٨٩ ، وحلية العلماء ج٢ ص ٥٥٠ ، والمغنى ج٤ ص ٢٢٢ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٦٣ ، ٢٦٤.

(٣) انظر نص ابن رشد السابق. وفى القوانين ص ٢٢٤ «ولا يجوز بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ويستوى فى ذلك العنب والتمر وجميع الفواكه والمقاني والحضرات ، وجميع البقول والزروع» وفى الرسالة «ولا يجوز بيع ثمر أو حب لم يبد صلاحه» قال فى كفاية الطالب «ولا يجوز بيع ثمر ذات الأشجار مادامت خضراء» قال الصعدي «ذات أشجار كعنب وبلح. وقوله: أوجب كقمح وفول» كفاية الطالب على الرسالة ومعهما حاشية الصعدي ج٢ ص ١٤٨ ، وفى الشرح الصغير ج٤ ص ٣١٠ «وصح بيع ثمر» من بلح ورمان وتين وعنب وإجاص وخوخ ونارنج وغير ذلك «وزرع» كقمح وشعير وفول وكتان وجزر وخس وفجل وكراث وغيرها «إن بدا صلاحه» فبدو الصلاح شرط فى صحة البيع إذا بيع منفردا عن أصله ، وانظر. جواهر الاكليل ج٢ ص ٦٠ ، شرح الخرشى وحاشية العدوي ج٥ ص ١٨٤ ، ١٨٥ مجلد / ٣ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج٣ ص ١٧٦ ، ويصح البيع بعد بدو الصلاح حتى ولو كان بشرط التبقية «قال الباجي: يجوز بيع الثمرة التى بدا صلاحها ولا خلاف فى ذلك ويجوز بيعها بشرط التبقية» ، المنتقى ج٤ ص ٢٢٠ ، وذكر النووي فى شرح مسلم أنه مذهب الشافعى ومالك «وأما إذا بيعت الثمرة بعد بدو الصلاح فيجوز بيعها مطلقا وبشرط القطع وبشرط التبقية ... هذا مذهبنا وبه قال مالك» شرح مسلم ج١٠ ص ١٨١ ، ١٨٢ ، وللمالكية تفصيل فى بيع المستتر من الثمر والزروع نذكره إن شاء الله فى الفصل الرابع.

والشافعية في ثمر وزرع لم يستتر ، وأيضا مما يندر اختلاطه أو يتساوى فيه الأمران أو يجهل حاله بخلاف ما يغلب اختلاطه فانه لا يجوز بيعه إلا بشرط القطع. وصرح بعضهم كالماوردي والباجوري وغيرهما أنه في الثمار التي لا يغلب اختلاطها إن شرط القطع أو الا بقاء لازم الوفاء بالشرط أما في صورة الاطلاق فيجوز للمشتري الا بقاء إلى أوان الجذاذ والحصاد المعتاد ويلزم به البائع^(١) وبيع الأوراق كأوراق الفرصاد ، وهو الثوت بعد

(١) في المذهب ج١ ص ٢٨١ «ولا يجوز بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع ... وإن بدا صلاحها جاز بيعها بشرط القطع ... ويجوز بيعها مطلقا ... ويجوز بيعها بشرط التبقية إلى الجداد» وفي الروض والأسنى ج٢ ص ١٠٣ «اللفظ السادس: الثمار» وهو يتناول نواها وقسمها «فبيع مالا يغلب اختلاطه منها دون الشجر بعد بدو الصلاح جائز» ولو «من غير شرط القطع» بأن يطلق أو بشرط ابقاء أو قطعه سواء كانت الأصول لاحدهما أم لغيره» وفي الشامل ص ٢٨٩ «فأما إذا باعها بعد بدو صلاحها فانه يجوز بشرط القطع ، ومطلقا ، وبشرط التبقية إلى حال أخذها في العادة. وبه قال مالك وأحمد» وفي ص ٢٩٥ «إذا كان في الأرض أصول البطيخ أو القشاء أو الحيار والباذنجان وقد حملت نظرت. فان باع الثمر دون الأصول فان كان بعد بدو الصلاح جاز مطلقا وبشرط القطع وبشرط التبقية إلى إدراك جميعه» وانظر. فتح العزيز بهامش المجموع ج٩ ص ٦٠ ، تكملة المجموع للسبكي ج١١ ص ٤٣٤ ، ٤٣٥ ، وفي حلية العلماء ج٢ ص ٥٥٠ «وإن باع الثمرة بعد بدو الصلاح جاز بكل حال وبه قال مالك وأحمد».

وفي الحاوي ج٦ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ «فأما ما بدا صلاحه من الثمار فلا يخلو بيعه من ثلاثة أقسام: أحدها: أن يباع بشرط القطع فيجوز بيعها إجماعا. والقسم الثاني: أن يباع بشرط الترك إلى وقت الجذاذ فيجوز بيعها ويلزم تركها ... وأما القسم الثالث: فهو أن يبيعها مطلقا فالبيع جائز وللمشتري تركها إلى وقت الجداد» ويقول الباجوري «ولا يجوز بيع الثمرة في كل حال إلا بعد بدو صلاحها فيجوز بشرط القطع وبشرط الا بقاء» ومطلقا فان شرط القطع لازم الوفاء به ... وإن شرط الا بقاء لازم الوفاء به أيضا ، وفي صورة الاطلاق يجوز ابقاؤها إلى أوان جذاذها المعتاد» حاشية الباجوري ج١ ص ٣٥٠ ، وفي الروضة ج٣ ص ٢٠٩ «اللفظ السادس: الثمار، وهي تباع بعد بدو الصلاح وقبله. الحالة الأولى: إذا بيعت بعد بدو الصلاح جاز مطلقا ، وبشرط ابقائها إلى وقت الجداد ، وبشرط القطع سواء كانت الأصول للبائع ، أم للمشتري ، أم لغيرهما ، فان أطلق فله الا بقاء إلى وقت الجداد» وفي تنمة الابانة ج٤ ورقة ١٦٤ في المسألة الرابعة «بيع ثمرة ليس عليها كمام كالرطب والعنب أو عليهما كمام واحد كالرمان والموز يجوز بعد (=)

بدو صلاحه كذلك^(١) فان بيع الثمر أو الزرع مع أصله امتنع شرط القطع بالاجماع ، فان بيع لمالك الأصل ففيه الخلاف الذي مرّ في البيع قبل بدو الصلاح فشيخنا الزيادي على منعه ، وشيخنا الرملي على جواز البيع معه ، وكشرط الابقاء في الجواز شرط عدم قطعه عند الجمهور ، وقال شيخنا الزيادي بمنعه هنا ، فان قال في شرط الابقاء أو في شرط عدم القطع «دائما» لم يصح اتفاقا^(٢).

(=) بدو الصلاح بشرط القطع ، وكذلك يجوز بيعها بشرط التبقية إلى وقت الجداد ... فأما بيعها مطلقا لاخلاف أنه جائز إلا أن عندنا في حالة الاطلاق يبقى إلى أوان الجداد ويقول النووي «وأما إذا بيعت الشرة بعد بدو الصلاح فيجوز بيعها مطلقا وبشرط القطع وبشرط التبقية ... هذا مذهبنا وبه قال مالك» شرح مسلم ج ١٠ ص ١٨١ ، ١٨٢ ، وأنظر. الأم ج ٣ ص ٨٣ مجلد / ٢ . وشرح جلال المحلي وحاشيتي قليوبى وعميرة ج ٢ ص ٢٣٢ ، تحفة المحتاج وحاشية الشروانى والعبادى ج ٤ ص ٤٦٠ ، البيان للعمرائى ص ١٥١ .

وفى الزرع يقول ابن قاسم «فان بيع الزرع مع الأرض أو منفردا عنها بعد اشتداد الحب جاز بلا شرط» ، قال الباجورى «وإذا بيع بعد بدو صلاحه صح بلا شرط قطع إن كان المقصود منه غير مستتر» ، الباجورى وشرح ابن قاسم ج ١ ص ٣٥١ ، وأنظر. فى الزرع. شرح مسلم للنووي ج ١٠ ص ١٨١ ، ١٨٢ ، روضة الطالبين ج ٣ ص ٢١٤ ، شرح المحلى ج ٢ ص ٢٣٤ ، تحفة المحتاج وحواشيتها ج ٤ ص ٤٦٣ ، ٤٦٤ ، وقد نهى بعض الشافعية على أن جواز البيع هنا فى ثمر أو زرع يندر اختلاطه ، وبعبارة أخرى: لا يغلب اختلاطه قال فى التحفة «ولو بيع ثمر أو زرع بعد بدو الصلاح وهو مما يندر اختلاطه أو يتساوى فيه الأمران أو يجهل حاله صح بشرط القطع والابقاء» ومع الاطلاق» تحفة المحتاج وحواشيتها ج ٤ ص ٤٦٩ ، وأنظر. أسنى الطالب ج ٢ ص ١٠٣ ، ١٠٤ .

(١) قال صاحب التهذيب: بيع أوراق الفرساد قبل تنافها لا يجوز إلا بشرط القطع ، وبعدّه يجوز مطلقا وبشرط القطع» روضة الطالبين ج ٣ ص ٢١٢ ، وأنظر. الشروانى والعبادى على التحفة ج ٤ ص ٤٦٠ .

(٢) فى شرح المحلى ج ٢ ص ٢٣٣ «يجوز البيع الثمر بعد بدو صلاحه مطلقا أي من غير شرط ، وبشرط قطعه وبشرط ابقائه» قال قليوبى «قوله: بشرط قطعه»: نعم أن بيع مع أصله امتنع شرط القطع ، وكذا لمالك أصله عند شيخنا الزيادي وفى شرح شيخنا الرملي خلاقه «قوله: وبشرط ابقائه» ومثله شرط عدم قطعه ، وقال شيخنا: يمتنع فى هذا مطلقا. نعم إن قال فيهما: دائما لم يصح اتفاقا ، انظر. حاشية قليوبى وحاشية عميرة مع الشرح السابق. وانظر حاشية الشروانى وحاشية العبادى على التحفة ج ٤ ص ٤٦٠ (=)

وبهذا القول قال الحنابلة فيجوز عندهم بيع الثمار والزروع مفردة بعد بدو الصلاح بشرط القطع ومطلقا وبشرط التبقية إلى أوان الجذاذ والحصاد^(١) وبصحة البيع مع شرط التبقية قال محمد بن الحسن من الحنفية استحسانا إذا كان الثمر والزروع قد تنهى عظمه ، وفى بعض كتبهم أن الفتوى عليه ، واختاره الطحاوي لعموم البلوى ، وفى المنتقى أن أبا يوسف مع محمد^(٢).

(=) فى التحفة «يجوز بيع الثمر بعد بدو الصلاح مطلقا بشرط قطعه وبشرط ابقائه» قال الشرواني «سواء كانت الأصول لأحدهما أم لغيره».

(١) قال ابن قدامة «... جملة ذلك أنه إذا بدا الصلاح فى الثمرة جاز بيعها مطلقا وبشرط التبقية إلى حال الجراز ، وبشرط القطع ، وبذلك قال مالك والشافعي ، المغنى ج٤ ص ٢٢٢ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، وقال فى الزرع «وإذا اشتد حب الزرع جاز بيعه مطلقا وبشرط التبقية» المغنى ج٤ ص ٢٢٠ ، والشرح ج٤ ص ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، وانظر فى الثمر والزروع الاتصاف ج٥ ص ٦٥ ، شرح الزركشي ج٢ ص ٥٠٣ ، ٥٠٤ ، وفى كشاف القناع ج٣ ص ٢٨٥ «وإذا بدا صلاح الثمرة واشتد الحب جاز بيعه مطلقا أي بغير شرط قطع أو تبقية ، وجاز بيعه بشرط التبقية ، وللمشتري تبقيته أي ماذكر من الثمر والزروع إلى الحصاد والجذاذ لأن العرف يقتضيه» وفى الروض المربع ج٢ ص ١٣٢ «وإذا بدا» أي ظهر ماله صلاح فى الثمرة أو اشتد الحب جاز بيعه. أي بيع ماذكره من الثمرة والحب «مطلقا» أي من غير شرط «وجاز بيعه بشرط التبقية» أي تبقية الثمر إلى الجذاذ ، والزروع إلى الحصاد لأمن العادة بهدور الصلاح». وكلام الحنابلة هنا إنما هو فى غير الرطبة ونحوها مما يباع للرعي فإنه لا يجوز بيعه إلا بشرط القطع سواء قبل بدو الصلاح أم بعده . وسيأتى بيانه فى حكم بيع القصيل.

(٢) فى الدر المختار ج٣ ص ٤٠ ، ٤١ «وقيل»: قاله محمد «لا يفسد» إذا تناهت الثمرة «وبه يفتى» قال ابن عابدين «قال فى الفتح: ويجوز عند محمد استحسانا وهو قول الأئمة الثلاثة واختاره الطحاوي لعموم البلوى. عبارة البحر: وفى الاسرار: الفتوى على قول محمد ، وبه أخذ الطحاوي. وفى المنتقى ضم إليه أبا يوسف «حاشية ابن عابدين على الدر السابق ص ٤١ ، وفى شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٨٩ «فإن باعه بشرط الترك فإن لم يكن قد تنهى عظمه فالبيع فاسد عند الكل ، وإن كان قد تنهى عظمه فهو فاسد عند ... ويجوز عند محمد استحسانا وهو قول الأئمة الثلاثة ، واختاره الطحاوي لعموم البلوى ، وفى المنتقى ذكر أبو يوسف مع محمد ، ومثل هذا بيع الزرع بشرط الترك» وفى البدائع ج٥ ص ١٧٣ «وكذا إذا بدا صلاحه فباع بشرط القطع أو مطلقا ، فأما إذا باع بشرط الترك فإن لم يتناه عظمه فالبيع فاسد بلا خلاف لما قلنا ، وكذا إذا تنهى عظمه فالبيع فاسد عند ... وقال محمد: يجوز استحسانا».

(=)

وبالصحة مع شرط التبقية قال الاباضية^(١) وقال الهادوية والقاسمية:
إن كان يشترط القطع صح باجماع ، وإن كان يشترط الابقاء صح إن علمت
المدة ، فإن جهلت فسد البيع باجماع^(٢) . والقول بالصحة بعد الزهو ، وبدو

(=) وفي مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٨ «... خلافاً لمحمد فإنه قال: لا يفسد في المتناهية استحساناً وهو قول الأئمة الثلاثة. وفي البحر نقلاً عن الأسرار: الفتوى على قول محمد، وبه أخذ الطحاوي ، وفي المنتقى ضم إليه أبا يوسف» وقول محمد نقله ابن الصباغ في الشامل «فأما إذا باعها بعد بدو صلاحها ... وقال أبو حنيفة وأصحابه: لا يجوز بشرط التبقية إلا أن محمداً يقول: إذا تنهى عظمها يجوز فيها شرط التبقية» الشامل ص ٢٨٩ ، ونقله الشاشي في حلية العلماء ج ٢ ص ٥٥٠ «... إلا أن محمداً قال: إذا تنهى عظمها يجوز فيها شرط التبقية» وأيضاً ابن قدامة «... إلا أن محمداً قال: إذا تنهى عظمها جاز» ، المغني ج ٤ ص ٢٢٢ ، والشرح ج ٤ ص ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، ونقله العمراني في البيان ص ١٥١ «ولو باعه بشرط التبقية إلى وقت الحصاد ، صح البيع عندنا وبه قال محمد رحمه الله» وفي شرح الكفاية ج ٥ ص ٤٨٩ «في الأسرار: الفتوى على قول محمد» ، وانظر الاختيار ج ٢ ص ٦ ، والهداية ج ٥ ص ٤٨٩ ، وشرح العناية ج ٥ ص ٤٨٩ ، وشرح الكفاية ج ٥ ص ٤٨٩ ، وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١٢ ، وفي الأشباه «البيع لا يبطل بالشرط في اثنين وثلاثين موضعاً ... وقطع الثمار المبيعة وتركها على النخيل بعد إدراكها على المفتي به» الأشباه لابن نجيم ص ٢١٠ ، ونسخة أخرى معها غمز عيون البصائر للحموي، ج ٢ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ .

(١) قال في النبل «وجاز بعد زهو وبدو صلاح عند الأكثر» قال أطفيش «وجاز بعد زهو وبدو صلاح أي ظهوره عند الأكثر ... ومقتضاء جواز بيعها بعد بدو الصلاح مطلقاً سواء شرط الابقاء أو لم يشترط» شرح النبل ج ٨ ص ١١٢ ، ١١٣ ، وفي الإيضاح ج ٥ ص ٦٤ «وإذا اشترى غلة الأشجار وقد أدركت واشترط على البائع أن يتركها إلى وقت معلوم فهو جائز ، ويكون على المشتري سقيها وليس على البائع أن يمنعه الماء الذي يستقى به أول مرة ، وإن لم يشترط وقتاً معلوماً فليس للبائع أن يأخذها بقطعها دون عادة الناس ويقطعها المشتري على قدر عادة أهل البلد» ، قال أبو ستة «قرله: وقد أدركت» الظاهر أنه أراد بالادراك هنا الزهو بدليل احتياجها إلى السقي» حاشية أبي ستة على الإيضاح السابق.

وفي شرح النبل ج ٨ ص ١٢٢ «وجاز بيع النبات الظاهر إذا بدا صلاحه لأكل ، أي أكل إنسان أو غيره ، أو لصنعه كصنغ وعمل زجاج أو حصير ، ولا يقدّر ونحو ذلك من المنافع كلها» وفي الإيضاح ج ٥ ص ٦٦ «وجميع نبات الأرض يجوز بيعه إذا بدا صلاحه ، وهو استحقيقه للأكل ، وهذا كله إذا كان ظاهراً» وفي الجامع لابن بركة ج ٢ ص ٣٢٦ «وإذا باع وقد بدأ صلاحه ثبت البيع لأن نهيه عن البيع له قبل أن يبدو الصلاح فيه يقتضي جواز البيع إذا بدأ فيه الصلاح» وانظر شرح النبل ج ٨ ص ١١٧ ، والإيضاح ج ٥ ص ٦١ ، ٦٤ ، ٦٥ .

(٢) في سبل السلام ج ٣ ص ٤٦ «وأما بعد صلاحها ففيه تفاصيل فإن كان بشرط القطع (=)

الصالح مع الإبقاء هو ظاهر كلام ابن حزم الظاهري^(١).

القول الثاني: إذا بيع الثمر أو الزرع بعد بدو الصلاح مفردا بشرط التبقية فالبيع فاسد. وبه قال الحنفية باتفاق قبل تناهى عظمه ، وبعد تناهى عظمه عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وهو الصحيح كما فى التحفة ، وعليه الفتوى كما فى الدر المختار^(٢) هذا هو التحقيق فى مذهب الامام وجمهور

(=) صح إجماعا ، وإن كان بشرط البقاء كان بيعا فاسدا إن جهلت المدة فإن علمت صح عند الهادوية ولاغرر ، وفى نيل الاوطار ج٦ ص ٢٦٠ «فأما البيع بعد الصلاح فيصح مع شرط القطع إجماعا ، ويفسد مع شرط البقاء إجماعا إن جهلت المدة ، وكذا فى البحر. قال الامام يحيى: فإن علمت صح عند القاسمية إذ لاغرر». أقول: هكذا ذكر الصنعاني أنه قول الهادوية ، وذكر الشوكاني: القاسمية .

(١) فعبارة ابن حزم فيما قبل بدو الصلاح صريحة فى عدم الصحة بشرط القطع أو شرط الترك أما بعد بدو الصلاح فقد أطلق الصحة. يقول فى الزرع «فإذا سنبل الزرع لم يحل بيعه أصلا لا على القطع ولا على الترك إلا حتى يشتد ، فإذا اشتد حل بيعها حينئذ» المحلى ج٨ ص ٣٠٨ مسألة ١٤٣٤ ، ويقول أيضا بعد ذكره لأحاديث النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها «ويبين يدرى كل ذى فهم وتبميز أن نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع ثمر النخل حتى يزهى ، وعن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها : إفا هو بلاشك فيما ان ترك أزهى أو ظهر صلاحه لا يمكن غير ذلك ، وأما ما لا يمكن أن يصير إلى الازهاه أبدا ، ولا أن يبدو صلاحه أبدا فليس هو الذي نهى عليه السلام عن بيعه حتى يزهى أو حتى يبدو صلاحه ، فإذا ليس هو المنهى عن بيعه فقد قال الله تعالى «وأحل الله البيع» المحلى ج٧ ص ٣٣٨ مسألة ١٤٥٢ . وقال «وأما بعد ظهور الطيب فى ثمرة النخل فإنه يجوز فيها الاشتراط إن بيعت الأصول ، ويجوز فيها البيع مع الأصول ودونها ، أما الاشتراط فلوقوع الصفة عليها وهي قوله عليه السلام «قد أهرت» فهذه ثمرة قد أهرت ، وأما جواز بيعها مع الأصول ، ودونها لا باحة رسول الله - ﷺ - بيعها إذا أزهت» المحلى السابق ص ٣٣٩ نفس المسألة.

(٢) يقول الكاساني بعد ذكره لحكم البيع قبل بدو الصلاح «هذا إذا لم يبد صلاحه ، وكذا إذا بدا صلاحه فباع بشرط القطع أو مطلقا ، فأما إذا باع بشرط الترك فإن لم يتناه عظمه فالبيع فاسد بلا خلاف لما قلنا ، وكذا إذا تناهى عظمه فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف» بدائع الصنائع ج٥ ص ١٧٣ ، وفى الاختصار ج٢ ص ١٦ «... وكذا إذا اشتراها بعد ماتتاهى عظمها يجب القطع للحال كما قلنا ... فإن شرط بقاؤها على الشجر جاز عند محمد استحسانا للعرف ، بخلاف ما إذا لم يتناه فى العظم لأنه يزداد بعد ذلك ، فقد اشترط الجزء المعلوم فلا يجوز» وفى الهداية ج٥ ص ٤٨٩ «ومن (=)

مذهبه: أن شرط التبقية هو المفسد للبيع حتى بعد التناهي في العظم بخلاف حال الاطلاق أو حال اشتراط القطع^(١) والاطلاق عندهم محمول على

(=) باع ثمرة لم يبد صلاحها ، أو قد بدا جاز البيع ... وعلى المشتري قطعها في الحال تفريفاً للملك البائع ، وهذا إذا اشتراها مطلقاً ، وإن شرط تركها على النخل فسد البيع ... وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا ، وكذا إذا تناهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما قلنا « وفي شرح العناية بعد ذكره لحكم البيع قبل بدو الصلاح وبعده بشرط القطع أو مطلقاً وأن ذلك جائز ويقطع في الحال ، ذكر حكم البيع بشرط الترك فقال « أما إذا قال : اشتريت على أنى أتركه على النخل فقد فسد البيع ... هذا إذا كانت الثمرة لم تنه في عظمها ، وأما إذا تناهى عظمها فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله » شرح العناية ج ٥ ص ٤٨٩ ، وانظر. شرح الكفاية ج ٥ ص ٤٨٩ ، وفي شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٨٩ « ... فان باعه بشرط الترك فان لم يكن تناهى عظمه فالبيع فاسد عند الكل ، وإن كان قد تناهى عظمه فهو فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو القياس » وفي تبين الحقائق ج ٤ ص ١٢ « وإن شرط تركها على النخل فسد البيع ... وكذا بيع الزرع بشرط الترك ، وكذا إذا تناهى عظمها عندهما لأنه شرط لا يقتضيه العقد » ، وفي مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٧ ، ١٨ « وإن شرط تركها أى الثمرة على الشجرة حتى تدرك فسد البيع ... ولو كان بعد تناهى عظمها عند الشيخين وهو القياس ... وفي التحفة: والصحيح قولهما ... وكذا يفسد شراء الزرع بشرط الترك » وفي الدر المختار ج ٤ ص ٤٠ ، ٤١ « وإن شرط تركها على الأشجار فسد البيع كشرط القطع على البائع. وقيل -قائله محمد- لا يفسد إذا تناهت الثمرة ... وبه يفتى. بحر عن الأسرار . لكن في القهستاني عن المضمرات أنه على قولهما الفتوى فتنه . ومذهب أبي حنيفة نقله الكثير كما ذكرناه. انظر الشامل لابن الصباغ ص ٢٨٩ ، البيان ص ١٥١ ، تنمة الابانة ج ٤ ورقة ١٦٤ ، الحاوى الكبير ج ٦ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ ، حلية العلماء ج ٢ ص ٥٥٠ ، حاشية قليوبي ج ٢ ص ٢٢٣ ، المغنى ج ٤ ص ٢٢٢ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، بذاهة المجتهد ج ٢ ص ٢٢٩ ، فتح الباري ج ٤ ص ٤٦٣ ، سهل السلام ج ٣ ص ٤٦ ، نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٠ .

(١) انظر النصوص السابقة عند الحنفية ، ونقله غير الحنفية في كتبهم على هذا ، إلا أن الحافظ في الفتح ذكر عن النووي أنه حكى في شرح مسلم وجوب شرط القطع عند أبي حنيفة في البيع بعد بدو الصلاح ، وهذا يعنى فساد البيع حال الاطلاق أيضاً ، ثم تعقبه الحافظ بأن أهل مذهبه أعرف به من غيره. ونصه: « وعن أبي حنيفة إنما يصح بيعها في هذه الحالة -بعد بدو الصلاح- حيث لا يشترط الإبقاء ، فان شرطه لم يصح البيع . وحكى النووي في شرح مسلم عنه أنه أوجب شرط القطع في هذه الصورة. وتعقب بأن الذي صرح به أصحاب أبي حنيفة أنه صحح البيع حالة الاطلاق قبل بدو الصلاح وبعده ، وأبطله بشرط الإبقاء قبله وبعده ، وأهل مذهبه أعرف به من غيرهم » ، (=)

القطع^(١) ومن قال بفساد البيع بعد بدو الصلاح بشرط التبقية المؤيد بالله ، وهو قول الهادوية والقاسمية إن جهلت المدة^(٢).

(١) فتح الباري ج٤ ص ٤٦٣ ، وكلام صاحب الفتح صحيح ففي شرح مسلم للنووي ج١٠ ص ١٨١ ، ١٨٢ بعد حكايته لمذهبه ومذهب مالك في بيع الثمرة بعد بدو الصلاح قال «... هذا مذهبا وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة: يجب شرط القطع ، والله أعلم» وقريب من حكاية النووي حكاية ابن رشد ، ففي بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٩ «... فالكوفيون خالفوا الجمهور في بيع الثمار في موضعين: أحدهما: في جواز بيعها قبل أن تزهي. والثاني: في منع تبقيتها بالشرط بعد الإزها. أو بطلق العقد ، وخلافهم في الموضع الأول أقوى من خلافهم في الموضع الثاني: أعنى في شرط القطع وإن أزهي» فكان ابن رشد نظر إلى أن حملهم الإطلاق على القطع هو بمثابة التصريح بشرط القطع.

(٢) راجع نصوص الحنفية السابق ذكرها. وراجع عندهم حالة الإطلاق قبل بدو الصلاح إذ لا فرق في هذا بين ما قبل بدو الصلاح وما بعده. ونقله الكثير عنهم. بقول ابن رشد «الاحناف يمنعون بيع الثمر بشرط التبقية مطلقا: وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التبقية ، والإطلاق عندهم كما قلنا محمول على القطع ، وهو خلاف مفهوم الحديث» بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٩ ، ويقول الماوردي في مذهبه ومذهب أبي حنيفة «فأما ما بدأ صلاحه من الثمار فلا يخلو بيعه من ثلاثة أقسام. أحدها: أن يباع بشرط القطع فيجوز بيعها إجماعا ، والقسم الثاني: أن يباع بشرط الترك إلى وقت الجداد ، فيجوز بيعها ويلزم تركها ، وقال أبو حنيفة: بيعها باطل ... وأما القسم الثالث: فهو أن يبيعها مطلقا فالبيع جائز وللمشتري تركها إلى وقت الجداد ، وقال أبو حنيفة: بيعها جائز وعلى المشتري قطعها في الحال بناء على أصله: في أن إطلاق العقد يقتضي القطع ، وإطلاقه عندنا: يقتضي الترك ، وقد تقدم القول فيه اعتبارا بالعرف» الحارثي الكبير ج٦ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ ، وانظر. تنمية الإهانة ج٤ ورقة ١٦٤ ، والبيان ص ١٥١.

(٢) نقل الصنعاني عن الفتح مذهب أبي حنيفة ثم ذكر مذهب الهادوية والمؤيد بالله فقال «روى المصنف في الفتح أن الحنفية أجازوا بيع الثمار قبل بدو الصلاح وبعده بشرط القطع ، وأبطلوه بشرط البقاء قبله وبعده ، وأما بعد الصلاح ففيه تفاصيل فإن كان بشرط القطع صح إجماعا ، وإن كان بشرط البقاء كان بيعا فاسدا إن جهلت المدة ، فإن علمت صح عند الهادوية ولا غرر. وقال المؤيد بالله: لا يصح للنهي عن بيع وشرط ، وإن أطلق صح عند الهادوية وأبي حنيفة إذ المتردد بين الصحة والفساد يحمل على الصحة إذ هي الظاهر إلا أن يجري عرف ببقائه مدة مجهولة فيفسد» سبل السلام ج٣ ص ٤٦ ، وفي نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٠ «فأما البيع بعد الصلاح فيصح مع شرط القطع إجماعا ويفسد مع شرط البقاء إجماعا إن جهلت المدة ، كذا في البحر . قال الامام يحيى: فإن علمت صح عند القاسمية إذ لا غرر. وقال المؤيد بالله: لا يصح للنهي عن بيع وشرط».

الأدلة:

دليل القول الأول: استدل الجمهور على صحة البيع بعد بدو
الصلاح حتى ولو بشرط التبقية بالآتي من السنة ، والقياس ، والمعنى.

أولاً: السنة: ففي حديث ابن عمر عند الشيخين أن رسول الله
- ﷺ - «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها» وفي لفظ لمسلم «نهى عن
بيع النخل حتى يزهر وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة» وكذلك في
حديث أنس وجابر وغيرهم وفي حديث أنس عند الشيخين «أرأيت إن منع
الله الثمرة هم يأخذ أحدكم مال أخيه» وفي لفظ لمسلم «إن لم يثمرها الله
فبم يستحل أحدكم مال أخيه؟» وفي مسلم عن جابر أن رسول الله - ﷺ -
قال «لو بعت من أخيك ثمرًا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً
هم تأخذ مال أخيك بغير حق؟»^(١).

ووجه الدلالة من هذه الأحاديث: أن ما بعد الغاية مخالف لما قبلها ،
وقد جعل النهي ممتداً إلى غاية بدو الصلاح ، والمعنى فيه أن تؤمن العاهة
وتغلب السلامة فيثق المشتري بحصولها بخلاف ما قبل بدو الصلاح فإنه
بصدد الغرر. ومقتضاه جواز بيعها بعد بدو الصلاح مطلقاً سواء اشترط
الإبقاء أم لم يشترط. هذا هو مفهوم الأحاديث. وحول هذا جرت عبارات
الجمهور في الاستدلال.

يقول النووي «وأما إذا بيعت الثمرة بعد بدو الصلاح فيجوز بيعها
مطلقاً وبشرط القطع وبشرط التبقية لمفهوم هذه الأحاديث ، ولأن ما بعد
الغاية يخالف ما قبلها إذا لم يكن من جنسها ، ولأن الغالب فيها السلامة
بخلاف ما قبل الصلاح»^(٢).

(١) راجع النص الحاكم. وحديث ابن عمر فيه رقم (٢) وحديث أنس رقم (٣) وحديث جابر
رقم (٤)، ص ٧٤ وما بعدها.

(٢) شرح مسلم للنووي ج ١٠ ص ١٨١ ، ١٨٢.

ويقول الحافظ تعليقا على حديث ابن عمر السابق «ومقتضاه جواز بيعها بعد بدو الصلاح مطلقا سواء اشترط الابقاء أم لم يشترط ، لأن ما بعد الغاية مخالف لما قبلها ، وقد جعل النهي ممتدا إلى غاية بدو الصلاح ، والمعنى فيه أن تؤمن فيها العاهة وتغلب السلامة فيثق المشتري بحصولها بخلاف ما قبل بدو الصلاح فانه يصدد الغرر...»^(١) وإلى الفرق بين ما قبل ظهور الصلاح وبعده ذهب الجمهور^(٢).

ويقول الشيخ زكريا «لأنه - ﷺ - نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها. رواه الشيخان ، فيجوز بعد بدوه ، وهو صادق بكل من الأحوال الثلاثة^(٣) والمعنى الفارق بينهما^(٤) أمن العاهة بعده غالبا وقبله تسرع إليه لضعفه فيفوت بتلفه الثمن. وبه يشعر قوله - ﷺ - : «أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه»^(٥). ويقول الماوردي «ودليلنا^(٦) نهيه - ﷺ - عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها. فجعل غاية النهي بدو الصلاح والحكم بعد الغاية يجب أن يكون مخالفا لما قبلها ، فلما لم يجز اشتراط الترك قبل بدو الصلاح اقتضى أن يكون اشتراطه بعد بدو الصلاح»^(٧) ، ويقول المتولى «وكذلك يجوز بيعها بشرط التبقية إلى وقت الجداد ...

(١) قال: وقد أخرج مسلم الحديث من طريق أبوب عن نافع فزاد في الحديث «حتى يأمن

العاهة» وفي رواية يحيى بن سعيد عن نافع بلفظ «وتذهب عنه الآفة يبدو صلاحه حرته

وصفرته» وهذا التفسير من قول ابن عمر بينه مسلم في روايته من طريق شعبة عن عبد

الله بن دينار عن ابن عمر «قيل لابن عمر: ما صلاحه؟ قال: تذهب عاهته أ.هـ. أقول:

وقد سبق تخريج هذه الروايات في النص الحاكم في حديث ابن عمر رقم (٢)، ص ٧٤.

(٢) فتح الباري ج٢ ص ٤٦٢ ، ٤٦٣ ، وانظر نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦١.

(٣) أي بشرط القطع ، ومطلقا ، وبشرط التبقية.

(٤) أي ما بين قبل بدو الصلاح وما بعده.

(٥) أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٣.

(٦) أي على الصحة مع شرط التبقية.

(٧) الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٣٠ ، ٢٣١.

ودليلنا: أن النبي - ﷺ - نهى عن البيع مطلقا ومدّ التحريم إلى غاية والحكم بعد الغاية خلاف الحكم قبلها فوجب أن لا يكون بعد الغاية تحريم العقد أصلا^(١)، ويقول ابن الصباغ «ودليلنا: أن النبي - ﷺ - نهى عن بيع الثمار حتى تزهى ، ثم ثبت أنه إنما نهى قبل أن تزهى عن بيع يتضمن التبقية لأنه يجوز بشرط القطع ، فثبت أن الذي أجازته هو الذي نهى عنه»^(٢).

ويذكر ابن رشد دليل الجمهور على الجواز في حال الاطلاق وأن الاطلاق يقتضى التبقية قوله - ﷺ - «أرأيت إن منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟» ثم يبين وجه الدلالة فيقول «أن الجواز إنما تظراً في الأكثر على الثمار قبل بدو الصلاح ، وأما بعد بدو الصلاح فلا تظهر إلا قليلا ، ولو لم يجب في المبيع بشرط التبقية لم يكن هناك جانحة تتوقع وكان هذا الشرط باطلا»^(٣).

ويقول ابننا قدامة «ولنا: أن النبي - ﷺ - نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها. فمفهومه إباحة بيعها بعد بدو صلاحها وإلا لم يكن بدو الصلاح غاية ولا فائدة في ذكره ، ولأن النبي - ﷺ - نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وتأمين العاهة ، وتعليقه بأمن العاهة يدل على التبقية لأن ما يقطع في الحال لا يخاف العاهة عليه ، وإذا بدا الصلاح فقد أمنت العاهة ، فيجب أن يجوز بيعه مبقى لزوال علة المنع»^(٤)، وقال في الزرع «وإذا اشتد

(١) تنمة الابانة ج٤ ورقة ١٦٤.

(٢) الشامل ص ٢٩٠ ، وانظر البيان ص ١٥١ ، ١٥٢ ، المهذب للشيرازي ج١ ص ٢٨١ ، شرح جلال المولى وحاشيتي قليوبي وعميرة ج٢ ص ٢٣٣ ، تحفة المحتاج وحاشيتي الشرواني والعبادي ج٤ ص ٤٦١ ، مختصر المزني ج٨ ص ١١٧ ، الأم ج٣ ص ٨٣ ، ٨٤ مجلد ٢ ، حاشية الباجوري ج١ ص ٣٥٠.

(٣) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٨ ، ٢٢٩.

(٤) المغني ج٤ ص ٢٢٢ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٦٤ ، ٢٦٦ ، كشاف القناع ج٢ ص ٢٨٥ ، الروض المربع ج٢ ص ١٣٢.

حب الزرع جاز بيعه مطلقا وبشرط التبقية لقول النبي - ﷺ - في الحديث: حتى تبيض. فجعل ذلك غاية المنع من بيعه فيدل على الجواز بعده. وفي رواية: نهى النبي - ﷺ - عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد^(١).

والزركشي قد أحسن في بيان وجه الدلالة من الأحاديث عند قول الخرقى «وان اشتراها بعد أن يبدو صلاحها على الترك إلى الجذاذ جاز» قال الزركشي: الأصل في ذلك ماتقدم من نهيه - ﷺ - عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وعن بيعها حتى تزهر ، ونحو ذلك. وعن عمرة بنت عبد الرحمن أن رسول الله - ﷺ - «نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة» رواه مالك في الموطأ^(٢).

قال: ودلالة هذه الأحاديث من أوجه: «أحدها» أنه - ﷺ - غيأ النهى بغاية فبوجودها يزول النهى ويبقى على أصل الاذن في جواز البيع. «الثاني» أن ما بعد الغاية والحال هذه يعطى عكس حكم ما قبلها ، وإلا فذكر الغاية إذاً وعدمها سيان ، وما قبلها لا يجوز إلا بشرط القطع ، فما بعدها يجوز وإن شرط الترك «الثالث» أنه - ﷺ - علل المنع بعلة وهي الخوف من تلفها ووقوع العاهة بها ، والحكم يدور مع علته وجودا وعدمًا ، وإذا بدا الصلاح زالت العلة غالبا فيزول المنع^(٣).

والاباضية^(٤) وابن حزم الظاهري^(٥) كغيرهم في بيان وجه الدلالة من

(١) المغنى السابق ص ٢٢٠ ، والشرح السابق ص ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، وانظر كشف القناع

السابق ص ٢٨٥ ، ٢٨٧ ، الروض المربع السابق.

(٢) الموطأ مع المنتقى ج٤ ص ٢٣١.

(٣) شرح الزركشي ج٣ ص ٥٠٣ ، ٥٠٤.

(٤) شرح النيل ج٨ ص ١١٣ ، الايضاح ج٥ ص ٦٠ ، ٦١ ، ٦٤.

(٥) المعلى ج٧ ص ٣٣٨ ، ٣٣٩ مسألة ١٤٥٢ ، ١٤٥٣ ، وفي ص ٣٠٨ ، ٣٠٩ مسألة

١٤٣٤ «وبرهان تحريم بيعه إذا سنبل إلى أن يشتد. ما رواه من طريق مسلم عن (=)

الأحاديث.

ثانيا: القياس والمعنى: استدلوا على صحة البيع بعد بدو الصلاح في الأحوال الثلاثة أعنى حال اشتراط القطع ، وحال اشتراط التبقية ، وحال الاطلاق عنهما. بالقياس والمعنى على الوجه الآتى:

أما حال اشتراط القطع: فلأنه إذا جاز بيعه بشرط القطع قبل بدو الصلاح فلأن يجوز بعد بدو الصلاح أولى^(١) وعبرة المتولى «بيع ثمرة ليس عليها كمام كالرطب والعنب أو عليها كمام واحد كالرمان والموز يجوز بعد بدو الصلاح بشرط القطع لأنه إذا جاز قبل بدو الصلاح بشرط القطع فبعده وقد صارت الثمرة مقصودة وزال وقت الآفة أولى»^(٢).

وأما حال اشتراط التبقية وحال الاطلاق فقالوا:

١- انما جاز بيعها بعد بدو الصلاح لأمن العاهة عليها غالبا لفظها وكبر نواها فجاز في الأحوال كلها^(٣) ويقول الشيرازي مستدلا لحال الاطلاق «ويجوز بيعها مطلقا لأنه أمن من العاهة فجاز بيعها مطلقا كسائر

(=) نافع عن ابن عمر قال «إن رسول الله - ﷺ - نهى عن بيع النخل حتى يزهر ، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة - نهى البائع والمشتري » ومن طريق أبي داود عن أنس « أن النبي - ﷺ - نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد ، ولا يصح غير هذا أصلا. وهكذا روينا عن جمهور السلف ... عن عمر بن الخطاب ، وعن عبد الله بن مسعود ، قالا جميعا: لا يباع النخل حتى يحمر ، ولا السنبل حتى يصفر ... وعن ابن سيرين قال: نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها ، وعن السنبل حتى يبيض. وعن الحسن أنه كره بيع السنبل حتى يبيض ... ».

(١) المهذب ج١. ص ٢٨١ ، الشامل ص ٢٩٠ ، حاشية قليوبي ج٢ ص ٢٣٣ ، البيان ص ١٥١ ، حاشية الباجوري ج١ ص ٣٥٠.

(٢) تمة الاهانة ج٤ ورقة ١٦٤.

(٣) الأم ج٣ ص ٨٣ ، ٨٤ مجلد / ٢ ، مختصر المزنى ج٨ ص ١١٧ ، حاشية الباجوري ج١ ص ٣٥٠ ، الشرواني على التحفة ج٤ ص ٤٦١.

الأموال» (١).

٢- أن النقل والتحويل يجب فى المبيع بحكم العرف ، فاذا شرط المشتري الابقاء جاز البيع كما لو شرط نقل الطعام من ملك البائع حسب الامكان (٢).

وفى هذا يقول أيضا ابن الصباغ «ولأن النقل والتحويل يجب فى البيع بحكم العرف ، فاذا شرطه جاز ، كما لو شرط أن ينقل من ملك البائع حسب الامكان فانه يجوز» (٣)، ويقول الشيرازى «ولأن اطلاق البيع يقتضى التبقيّة إلى أوان الجداد ، فاذا شرط التبقيّة فقد شرط ما يقتضيه الاطلاق فجاز» (٤)، ويقول العمرانى «دليلنا: أن نقل المبيع لا يجب إلا على ما جرت به العادة بنقله ولم تجر العادة بنقل الثمرة والزرع إلا وقت الجذاذ ، فاقضى الاطلاق ذلك وكان شرط التبقيّة بياناً لما يقتضيه العقد فلم يمنع صحة البيع» (٥)، وعبارة الماوردي «ولأن الشرط إذا كان موافقاً للعرف لم يقدح فى صحة العقد ، وقد ذكرنا أن العرف فى الثمار تركها إلى وقت الجداد ، وهذا لا يفسد العقد ، وكذا ما وافقه من الشرط» (٦).

وعبارة المتولى «ولأن المشتري إنما يكلف نقل المبيع على حسب العرف والعادة. ألا ترى لو اشترى سفينة من الطعام يؤمر بتفريغها على ما جرت العادة ولا يكلف أن يفرغها فى يومه ، وكذا هاهنا يكلف نقل المبيع ويفرغ ملك البائع على حسب العرف والعادة ، والعادة التبقيّة إلى أوان الجداد ،

(١) المهذب ج١ ص ٢٨١.

(٢) المغنى ج٤ ص ٢٢٢ والشرح الكبير ج٤ ص ٢٦٥ ، ٢٦٦.

(٣) الشامل ص ٢٩٠.

(٤) المهذب ج١ ص ١٨١.

(٥) البيان ص ١٥٢.

(٦) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٣٠ ، ٢٣١.

فإذا شرط ذلك فقد شرط ما يوافق العادة فصح. فأما بيعها مطلقا لاخلاف أنه جائز إلا أن عندنا في حالة الاطلاق يبقى إلى أوان الجذاد»^(١).

والزراع إذا اشتد جبه بدا صلاحه فصار كالشجرة إذا بدا صلاحها^(٢).

٣- أن الثمر والزراع بعد بدو الصلاح يجوز بيعه مفردا باتفاق أعنى باتفاق الأئمة الأربعة وأصحابهم فجاز بيعه بشرط التبقية.

يقول الباجي مستدلا «يجوز بيع الثمرة التي بدا صلاحها ولا خلاف في ذلك ويجوز بيعها بشرط التبقية. والدليل على ما نقوله: أن هذه ثمرة جاز بيعها على الاطلاق فجاز بيعها بشرط التبقية»^(٣).

٤- واستدل الهادوية والقاسمية على جواز البيع بعد بدو الصلاح بشرط التبقية إن علمت المدة بانتفاء الغرر حينئذ «فان علمت - يعني المدة - صح عند الهادوية ولا غرر»^(٤)، «قال الامام يحيى: فان علمت صح عند القاسمية إذ لا غرر»^(٥).

٥- واستدل محمد بن الحسن على جواز البيع بعد تناهى عظم الزرع والثمر بشرط الابقاء: بأنه شرط متعارف فجاز استحسانا «وقال محمد: يجوز استحسانا لتعارف الناس وتعاملهم بذلك»^(٦)، ويقول البايرتى «وأما محمد رحمه الله فقد استحسن في هذه الصورة وقال: لا يفسد البيع لتعارف

(١) تنمة الابانة ج٤ ورقة ١٦٤.

(٢) المغنى ج٤ ص ٢٢٠، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٣٩، ٢٤٠، كشاف القناع ج٣

ص ٢٨٥، ٢٨٧، الروض المربع ج٢ ص ١٣٢.

(٣) المنتقى ج٤ ص ٢٢٠، وانظر. حاشية الدسوقي ج٣ ص ١٧٦، ولاحظ بداية المجتهد

ج٢ ص ٢٢٨، ٢٢٩، تنمة الابانة ج٤ ورقة ١٦٤.

(٤) سبل السلام ج٣ ص ٤٦.

(٥) نبيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٠.

(٦) بدائع الصنائع ج٥ ص ١٧٣، الاختيار ج٢ ص ٦، الهداية ج٥ ص ٤٨٩.

الناس بذلك»^(١)، ويقول ابن الهمام «ويجوز عند محمد استحسانا وهو قول الأئمة الثلاثة واختاره الطحاوى لعموم البلوى ... وجه قول محمد فى المتناهى الاستحسان بالتعامل لأنهم تعارفوا التعامل كذلك فيما تنهى عظمه فهو شرط يقتضيه العقد» ثم يقول «وهذا دعوى الشافعى فيما تنهى عظمه ومالم يتناه أنه يجوز لأن العادة تركهم إياه إلى الجذاذ ، ومحمد يقول بمنعه فيه^(٢) لما فيه من اشتراط الجزء المعدوم ، وهو الأجزاء التى تزيد لمعنى من الأرض والشجر إلى أن يتناه العظم»^(٣)، وأيضا فان ما يحدث بعد تنهى العظم ليس بزيادة فى ملك البائع وإنما هو تغير فى اللون والطعم وهى من الكواكب بقدرة الله سبحانه وتعالى. فى شرح الكفاية «لأن هذا تغير حالة كتغير اللون والطعم ، والثمار إذا صارت بهذه الصفة لايزداد من ملك البائع فيها ولكن النضج من الشمس واللون من القمر والطعم من الكواكب فلم يبق فيها إلا عمل الشمس والقمر والكواكب. فلهذا قال محمد: أستحسن جوازه»، وقد سبقت الإشارة إلى أن بعض الكتب كالأسرار ، ذكرت أن الفتوى على قول محمد ، واختاره الطحاوى لعموم البلوى^(٥).

مناقشة دليل محمد:

ونوقش دليل محمد بعدم تسليم جريان التعامل بالترك فى المتناهى ، بل هو كان مسامحة من غير شرط. ففى البدائع «دعوى تعامل الناس شرط

-
- (١) شرح العناية ج٥ ص ٤٨٩.
 (٢) أي فيما لم يتناه عظمه ، وسيأتى فى دليل القول الثانى.
 (٣) شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩٠ ، وانظر. مجمع الأنهر ومعه الدر المنتقى ج٢ ص ١٨٠ ، الدر المختار ومعه حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤٠ ، ٤١ ، تبين الحقائق وحاشية الشلبى ج٤ ص ١٢ ، شرح الكفاية ج٥ ص ٤٨٩.
 (٤) شرح الكفاية السابق ص ٤٩٠ ، وقد سبق هذا المعنى فى كتب الحنفية فى حكم الزيادة فى عين الثمرة، ص ٢١٤.
 (٥) انظر فى هذا مجمع الأنهر السابق ، والدر المختار السابق ، وشرح الكفاية السابق.

الترك في المبيع ممنوعة وإنما التعامل بالمسامحة بالترك من غير شرط في عقد البيع^(١)، وعبرة الباهرتي «والجواب: أنا لانسلم أن التعامل جرى في اشتراط الترك ولكن المعتاد في مثله الاذن في تركه بلا شرط في العقد^(٢). ويقول ابن الهمام «ولا يخفى أن الوجه لا يتم في الفرق لمحمد إلا بادعاء عدم العرف فيما لم يتناه عظمه إذ القياس عدم الصحة للشرط الذي لا يقتضيه العقد في المتناهي وغيره ، خرج منه المتناهي للتعامل فيكون مالم يتناه على أصل القياس إنما يكون لعدم التعامل فيه والجزء المعلوم طرد^(٣)».

أي أن دعوى محمد الفرق غير مسلمة لأنها قائمة على عدم التعامل بالترك في غير المتناهي وهذا لم يثبت ولما كان كذلك فإن طرد القياس يقتضى عدم الصحة فيهما وهو قول الشيخين «أبى حنيفة وأبى يوسف» وجمهورهم.

دليل القول الثاني: استدل أصحاب القول الثاني كل على مذهب إليه على الوجه التالي:

أولاً: من قال بصحة البيع بشرط القطع قبل بدو الصلاح قال بصحته كذلك بعد بدو الصلاح بل أولى ، وهم الحنفية ومن وافقهم في هذا. ودليلهم لا يخرج عن دليل القول الأول.

ثانياً: أما في حال الاطلاق بعد بدو الصلاح فالحنفية أجازوه كالجمهور إلا أن الاطلاق محمول على القطع عن الحنفية. بخلاف الجمهور الحامل له على التبقية. ومن ثم فدليل الحنفية هنا هو دليلهم فيما قبل بدو

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٣ ، وانظر الاختيار ج ٢ ص ٦ .

(٢) شرح العناية ج ٥ ص ٤٨٩ ، وانظر شرح الكفاية ج ٥ ص ٤٨٩ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٠ .

الصلاح وقد ذكرناه فى موضع سابق. وانتهينا إلى ترجيح قول الجمهور الحامل له على التبقية^(١).

ثالثا: استدلل الحنفية على فساد البيع بعد بدو الصلاح بشرط التبقية بما استدلوا به فى حالة البيع قبل بدو الصلاح بشرط الترك حيث لافرق عندهم بين ما قبل بدو الصلاح وبين ما بعده فى الحكم^(٢) ومن ثم فاننا سنذكر هنا ما يناسب المقام من الأدلة.

أ- استدلوا على فساد البيع بعد بدو الصلاح بشرط الابقاء فى موضع الاتفاق وهى ما قبل تنهى عظم الشمر والزرع بقولهم: أنه إذا لم يكن قد تنهى عظمه فانه يزداد بعد ذلك ، ومن ثم فقد اشترط الجزء المعدوم فلا يجوز.

ففى الهداية « بخلاف إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذى يزيد لمعنى من الأرض أو الشجر ، وعبرة شرح الكفاية « بخلاف إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذى يزيد بمعنى من الأرض والشجر ، وهذه الزيادة تحدث بعد البيع من ملك البائع فكأنه ضم المعدوم إلى الموجود واشترهما فيفسد العقد »^(٣).

ب- استدلل جمهور الحنفية على فساد البيع بعد بدو الصلاح بشرط الابقاء حتى بعد تنهى عظم الشمر والزرع « موضع الخلاف مع محمد » بالآتى:

١- يقول الكاسانى « ولهما^(٤) ما ذكرنا أن شرط الترك شرط فيه

(١) راجع أدلة حال الاطلاق فى البيع قبل بدو الصلاح، ص ١٢٨ وما بعدها.

(٢) الهداية ج ٥ ص ٤٨٩ ، وانظر. شرح العناية ج ٥ ص ٤٨٩ ، الاختيار ج ٢ ص ٦.

(٣) شرح الكفاية على الهداية ج ٥ ص ٤٨٩ ، وانظر شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٨٩ ،

٤٩٠ ، تبين الحقائق ج ٤ ص ١٢.

(٤) للشيخين أبى حنيفة وأبى يوسف.

منفعة للمشتري والعقد لا يقتضيه وليس بلام للعقد أيضا ، ومثل هذا الشرط يكون مفسدا كما إذا اشترى حنطة على أن يتركها في دار البائع شهرا»^(١).

ويقول البايرتي «وأما إذا تنهى عظمها فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وهو القياس لأن شرط الترك مما لا يقتضيه العقد»^(٢).

وفي شرح الكفاية «أي أنه شرط لا يقتضيه العقد ، ولأحد المتعاقدين فيه منفعة ومثله يفسد العقد ، وهذا لأنه يحصل في المبيع زيادة جودة وطراوة وللمشتري فيه نفع والمعتاد الترك بلا شرط ، لا شرط الترك»^(٣).

ويقول ابن عابدين «وعلل في البحر الفساد بأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير»^(٤).

وفي الدر المنتقى «وان شرط المشتري على البائع تركها على الشجر ورضى به فسد البيع ولو بعد تنهى عظمها لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمشتري»^(٥).

فشرط الإبقاء شرط لا يقتضيه العقد إذ هو فيه شغل ملك الغير ، ومطلق البيع يقتضى التسليم في الحال كما في نصوص الدليل التالي:

٢- أنه صفقة في صفقة ، وهو إعارة أو إجارة في بيع وهو منهى عنه^(٦) ، قال في الهداية «وان شرط تركها على النخيل فسد البيع لأنه

(١) بدائع الصنائع ج٢ ص ١٠٣ ، وانظر الاختيار ج٢ ص ٦ .

(٢) شرح العناية ج٥ ص ٤٨٩ ، وانظر معه شرح فتح القدير .

(٣) شرح الكفاية ج٥ ص ٤٨٩ .

(٤) حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤٠ .

(٥) الدر المنتقى مع مجمع الأنهر ج٢ ص ١٧ ، ١٨ .

(٦) راجع البيع قبل بدو الصلاح بشرط التبقية وقد ذكرنا هناك حديث النهي عن صفقتين في صفقة ، ص ١١٨ .

شرط لا يقتضيه العقد ، وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة فى صفقة ، وهو إعاره أو إجاره فى بيع ، وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا ، وكذا إذا تنهى عظمها عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لما قلنا^(١) ، ويقول الباهرتى « أما إذا قال: اشتريته على أنى أتركه على النخل فقد فسد البيع لأنه شرط لا يقتضيه العقد لأن مطلق البيع يقتضى تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء فكان تركها على النخل شغل ملك الغير أو أن فى هذا البيع صفقة فى صفقة لأنه إعاره فى بيع أو إجاره فيه لأن تركها على النخل إما أن يكون بأجرة أو غيره ، والثانى إعاره ، والأول إجاره ، وذلك منهى عنه^(٢) .

ويقول ابن الهمام « وجه قولهما: أنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة فى صفقة. لأنه إن شرط بلا أجرة فشرط إعاره فى البيع ، أو بأجرة فشرط إجاره فيه^(٣) .

والخلاصة:

أن شرط الترك مفسد للبيع لأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير.

أو نقول: أنه صفقة فى صفقة لأنه إجاره فى بيع إن كان للمنفعة حصه من الثمن ، أو إعاره فى بيع إن لم يكن لها حصه من الثمن كما فى أكثر المعتمرات وقد نهى رسول الله - ﷺ - عن صفقة فى صفقة ، وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما بينا ، وكذا إذا تنهى عظمها عند الشيخين لأنه شرط لا يقتضيه العقد ، وهو القياس لأن ما زاد وحدث من الترك فى ملك البائع

(١) الهداية ج ٥ ص ٤٨٩ .

(٢) شرح العناية ج ٥ ص ٤٨٩ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٨٩ .

مضمون عند البيع وهو مجهول ... وفي التحفة: الصحيح قول الشيخين لأن التعامل بين الناس لم يكن بشرط الترك ، وإنما كان بالأذن بالترك من غير شرط. وفي البحر عن الأسرار عن القهستاني عن المضمرات: أن الفتوى على قول الشيخين كما نبه على ذلك صاحب الدر المختار^(١).

وعبارة الدر «وقيل» قائله محمد «لا يفسد» إذا تناهت الثمرة للتعارف فكان شرطاً يقتضيه العقد «وبه يفتى» بحر عن الأسرار. لكن في القهستاني عن المضمرات أنه على قولهما الفتوى فتنبه أ.هـ.

قال ابن عابدين «قوله: فتنبه» أشار به إلى اختلاف التصحيح وتخيير المفتى في الافتاء بأيهما شاء لكن حيث كان قول محمد هو الاستحسان يترجع على قولهما^(٢).

وهذا يعنى أنه قد اختلف في الترجيح بين قولهما وقول محمد بن الحسن.

أقول: والأدلة السابقة ذكرها غير الحنفية لهم ثم تناولوها

(١) تبين الحقائق ج٢ ص ١٢ ، مجمع الأنهر ج٢ ص ١٧ ، ١٨ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج٢ ص ٤٠ ، ٤١.

(٢) مع ملاحظة أن ابن عابدين استدرك على صاحب الدر في النقل حيث أن المذكور ليس عن القهستاني بل عن النهاية. وإنما الذي عن القهستاني إنما هو قول محمد في بدو صلاح البعض كما سيأتى وليس في البدو. يقول ابن عابدين «حقه أن يقول: عن النهاية لأن عبارة القهستاني مع المتن: وشرط تركها على الشجر والرضا به يفسد البيع عندهما وعليه الفتوى كما في النهاية ، ولا يفسد عند محمد إن بدا صلاح بعض وقرب صلاح الباقي وعليه الفتوى كما في المضمرات وما نقله القهستاني عن المضمرات مخالف لما في الهداية والفتح والبحر وغيرها من حكاية الخلاف في الذي تناهى صلاحه فانه صريح في تناهى الصلاح لا في بدوه ...» الدر المختار وحاشية ابن عابدين السابق.

وانظر الدر المنتقى مع مجمع الأنهر ج٢ ص ١٨ وفيه «خلاقاً لمحمد فانه استحسّن صحة البيع في المتناهية للتعارف فكان شرطاً يقتضيه العقد وبه يفتى كما في تنوير الأبصار، وعزاه مصنفه في منحة للبحر عن الأسرار قلت: لكن في القهستاني معزياً للمضمرات: وعليه أي على قولهما الفتوى فتنبه».

بالمناقشة^(١).

المناقشة:

أ- أما قول جمهور الحنفية أن شرط الترك بعد بدو الصلاح فيه منفعة للمشتري وهو شرط لا يقتضيه العقد.

فيقول ابن الصباغ «وقال أبو حنيفة وأصحابه: لا يجوز بشرط التبقية ... واحتجوا: بأن هذا شرط الانتفاع بملك البائع على وجه لا يقتضيه العقد فلم يجز كما لو شرط تبقية الطعام في كندوجة»^(٢).

وابنا قدامة ذكرا هذا بلفظه «واحتجوا بأن هذا شرط الانتفاع بملك البائع على وجه لا يقتضيه العقد فلم يجز كما لو شرط تبقية الطعام في كندوجة»^(٣).

ثم ردوا هذا الدليل بقولهم: أن النبي - ﷺ - نهى عن بيع الثمار حتى تزهى. ثم ثبت أنه إنما نهى قبل أن تزهى عن بيع يتضمن التبقية ، لأنه يجوز بشرط القطع ، وعند أبي حنيفة مطلقا ، فثبت أن الذي أجازاه هو الذي نهى عنه^(٤) فمفهوم النهي إباحة البيع بعد بدو الصلاح ، والمنهى عنه قبل بدو الصلاح عند أبي حنيفة وأصحابه البيع بشرط التبقية فيجب أن يكون ذلك جائزا بعد بدو الصلاح وإلا لم يكن بدو الصلاح غاية ولا فائدة في

(١) استدلل بها للحنفية صاحب الشامل ص ٢٨٩ ، وصاحب تنمية الابهانة ج٤ ورقة ١٦٤ ، وصاحب الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ ، وقلوبى ج٢ ص ٢٣٣ ، وابنا قدامة في المغنى ج٤ ص ٢٢٢ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، والشوكاني في نيل الأوطار ، ج٦ ص ٢٦١ ، وابن رشد في بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٩ وغيرهم.

(٢) الشامل ص ٢٨٩ ، وسبق معنى الكندوجة وهي كما في القاموس شبه المخزن معرب كندو .

(٣) المغنى ج٤ ص ٢٢٢ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٦٣ ، ٢٦٤ .

(٤) الشامل ص ٢٩٠ .

ذكره (١).

وأیضا فان النقل والتحويل يجب فی البیع بحکم العرف ، فاذا شرطه جاز ، كما لو شرط أن ينقل الطعام من ملك البائع حسب الامكان ، قانه يجوز. وفي هذا - كما يقول ابن الصباغ وابنا قدامة - انفصال عما قالوه (٢).

ويرى السبکی أن صیغ الامام راجع إلى انكاره مفهوم الغاية « قال السبکی: وأبو حنيفة ينكر مفهوم الغاية » ثم قال أيضا « واطلاق العقد عنده يقتضى القطع ، وعندنا يقتضى التبقية » (٣).

ب- وأما قولهم: أن شرط التبقية بعد بدو الصلاح شرط ينافی التسليم فی الحال. فيقول فيه عميرة « خالف أبو حنيفة فی حالة الاطلاق، فقال: انه يقتضى القطع حالا ، ومنع أيضا من شرط الابقاء. قال: لأنه ينافی التسليم » ثم ردّه عميرة قائلا « وردّ بأن التسليم بالتخلية » (٤).

وأیضا فان ابن رشد قال: وحجتهم أن نفس بیع الشیء يقتضى تسليمه. وإلا لحقه الفرر. ولذلك لم یجز أن تباع الأعیان إلى أجل (٥).

ثم ناقشه قائلا:

١- ماذهب إليه الحنفية مخالف لمفهوم الحديث « أرأیت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه؟ ».

٢- بیع الثمار مستثنى من بیع الأعیان إلى أجل لكون الثمر ليس

(١) المغنی ج٤ ص ٢٢٢ ، والشرح ج٤ ص ٢٦٥ ، ٢٦٦ .

(٢) الشامل السابق. والمغنی والشرح السابقین ، تتم الاهانة ج٤ ورقة ١٦٤ .

(٣) تکملة المجموع للسبکی ج١١ ص ٤٣٤ ، ٤٣٥ .

(٤) حاشیة عميرة على شرح جلال الدین المحلی ج٢ ص ٢٣٣ ، تنمة الاهانة ج٤ ورقة ١٦٤ .

(٥) بداية المجتهد ج٢ ، ص ٢٢٩ .

يمكن أن يبس كله دفعة.

ونص ابن رشد في المناقشة «وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الشر بشرط التبقية ، والاطلاق عندهم كما قلنا محمول على القطع وهو خلاف مفهوم الحديث ... والجمهور على أن بيع الثمار مستثنى من بيع الأعيان إلى أجل لكون الشر ليس يمكن أن يبس كله دفعة»^(١).

وأما الماوردي فيقول في مذهب أبي حنيفة والرد عليه: وقال أبو حنيفة: بيعها باطل^(٢) احتجاجا بالآتي:

١- أنها عين بيعت بشرط تأخير القبض فوجب أن يكون بيعها باطل كالعروض والأمتعة.

٢- ولأنها ثمرة بيعت بشرط الترك فوجب أن يكون بيعها باطل كالثمرة التي لم يبد صلاحها.

وأما قولهم بالجواز في حالة الاطلاق وعلى المشتري القطع في الحال فبناء على أصله: في أن إطلاق العقد يقتضى القطع ، وإطلاقه عندنا: يقتضى الترك ، وقد تقدم القول فيه اعتبارا بالعرف^(٣).

ثم أجاب الماوردي قائلا: وأما الجواب عما ذكره من أنه مبيع شرط فيه تأخير القبض فمن وجهين:

أحدهما: أن القبض يتأخر لأن القبض في الثمار بالتمكن منها

(١) المصدر السابق. وهنا ذكر ابن رشد موطن الخلاف بين الجمهور ، والحنفية في بيع الزروع والثمار مفردة. فقبل بدو الصلاح أجاز الحنفية بيعها في حال الاطلاق ومنعه الجمهور. الموضع الثاني: منع الحنفية التبقية بالشرط بعد بدو الصلاح ، كما منعوا التبقية بمطلق العقد بعده أيضا.

(٢) أي البيع بشرط التبقية بعد بدو الصلاح.

(٣) تقدم هذا في حالة البيع على الاطلاق قبل بدو الصلاح.

كالعقار.

والثانى: أنه لما كان العرف فى الثمار تأخير قبضها ، جاز اشتراطه فيها ، ولما لم يجز العرف فى العروض بتأخير قبضها لم يجز اشتراطه فيها .
وأما قياسه: على ما لم يبدو صلاحه فلا يصح لأن السنة قد فرقت بينهما فى الجواز ، والمنع^(١).

رابعاً: استدل القاسمية والهادوية على فساد البيع بعد بدو الصلاح بشرط التبقية إن جهلت مدة الابقاء ، بأن الجهل فى المدة يوجب الغرر وهو منهى عنه^(٢).

ويمكن أن يناقش بأن وقت الجداد ، والمحصاد فى حكم المعلوم إذ أنه وقت لا يتخلف ، ولو سلمنا فيه الجهالة فهى يسيرة وليست بفاحشة ومن ثم فالغرر هنا يسير ، والغرر اليسير ليس بمنهى عنه كما ذكرناه فى التمهيد.

خامساً: استدل المؤيد بالله على فساد البيع بعد بدو الصلاح بشرط التبقية أنه بيع وشرط وهو منهى عنه^(٣).

ونوقش: بأن المؤيد بالله قد أجاز البيع بشرط القطع مع أنه بيع وشرط فلا ينفعه هنا احتجاجه بما ذكر ، وأيضاً ليس كل شرط فى البيع منهياً عنه فإن اشتراط جابر بعد بيعه للجمل أن يكون له ظهره إلى المدينة قد صححه الشارع ، وهو شبيه بالشرط الذى نحن بصدد ذكره. ذكر ذلك الشوكانى وسيأتى فى الترجيع بقية كلامه^(٤).

(١) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٣١ ، ولاحظ تنمة الاهانة ج٤ ورقة ١٦٤ .

(٢) سبل السلام ج٣ ص ٤٦ ، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٠ .

(٣) المصدرين السابقين .

(٤) نيل الأوطار السابق ص ٢٦١ .

الراجع:

بعد العرض السابق لحكم بيع الثمار والزروع بعد بدو الصلاح يترجع فى نظرنا القول الأول الذاهب أهله إلى صحة بيعها فى الحالات الثلاث والتي منها البيع بشرط التبقية لقوة أدلتهم من الأثر والنظر ، ولدفعهم أدلة الخصم بدفوعات قوية لم ترد. وما رجحناه هو اختيار الشوكانى شافعا اختياره بما يسنده ويقويه.

يقول الشوكانى: وظاهر النصوص أيضا أن البيع بعد ظهور الصلاح صحيح سواء شرط البقاء أم لم يشترط لأن الشارع قد جعل النهي ممتدا إلى غاية بدو الصلاح وما بعد الغاية مخالف لما قبلها ، ومن ادعى أن شرط البقاء مفسد فعليه الدليل ، ولا ينفعه فى المقام ما ورد من النهي عن بيع وشرط لأنه يلزمه فى تجويزه للبيع قبل الصلاح مع شرط القطع وهو بيع وشرط. وأيضا ليس كل شرط فى البيع منهيًا عنه ، فان اشتراط جابر بعد بيعه للجمل أن يكون له ظهره إلى المدينة قد صححه الشارع وهو شبيه بالشرط الذي نحن بصدده^(١). وتقدم أيضا جواز البيع مع الشرط فى النخل والعبد لقوله «إلا أن يشترط المبتاع»^(٢).

ثم قال الشوكانى فى دعوى الاجماع -المزعومة- على الفساد بشرط البقاء: وأما دعوى الاجماع على الفساد بشرط البقاء كما سلف فدعوى فاسدة فانه قد حكى صاحب الفتح عن الجمهور رأي^(٣) يجوز البيع بعد

(١) ونص الحديث «عن جابر أنه كان يسير على جمل له قد أعيا فأراد أن يسيبه قال: ولحقنى النبی - ﷺ - فدعألى وضربه ، فسار سيرا لم يسر مثله ، فقال: بعنيه ، فقلت: لا ، ثم قال: بعنيه ، فبعته واستثنيت حملاته إلى أهلى» متفق عليه. وفى لفظ لأحمد والبخارى «وشرطت ظهره إلى المدينة» متفق الأخبار ج٦ ص ٢٦٥.

(٢) ونص الحديث «عن ابن عمر أن النبی - ﷺ - قال: من ابتاع نخلا بعد أن يؤثر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع ، ومن ابتاع عبدا فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع» رواه ابن ماجه . متفق الأخبار ج٦ ص ٢٥٧.

(٣) أنظر فتح الباری ج٤ ص ٤٦٢ ، ٤٦٣.

الصلاح بشرط البقاء ولم يحك الخلاف فى ذلك إلا عن أبى حنيفة (١) أ.هـ.
كلام الشوكان بلفظه.

ويقول ابن القيم: ومن جوز بيعه قبل الصلاح وبعده بشرط القطع أو مطلقا وجعل موجب العقد القطع ، وحرم بيعه بشرط التبقية لم يكن عنده لظهور الصلاح فائدة ، ولم يكن فرق بين مانهى عنه وما أذن فيه فانه يقول: موجب العقد التسليم فى الحال ، فلا يجوز شرط تأخيره سواء بهذا صلاحه أم لم يبد.

والصواب قول الجمهور الذى دلت عليه سنة رسول الله - ﷺ -
والقياس الصحيح.

وقوله: «ان موجب العقد التسليم فى الحال» جوابه أن موجب العقد إما أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد ، أو أوجبه المتعاقدان مما يسوغ لهما أن يوجبا ، وكلاهما منتف فى هذه الدعوى ، فلا الشارع أوجب أن يكون كل مبيع مستحق التسليم عقيب العقد ، ولا العاقدان التزاما ذلك ، بل تارة يعقدان العقد على هذا الوجه ، وتارة يشترطان التأخير: إما فى الثمن ، وإما فى الثمن ، وقد يكون للبائع غرض صحيح ومصلحة فى تأخير التسليم للمبيع كما كان لجابر رضى الله عنه غرض صحيح فى تأخير تسليم بعيه إلى المدينة. فكيف يمنع الشارع ما فيه مصلحة له ولاضرر على الآخر فيها؟ إذ قد رضى به كما رضى - ﷺ - على جابر بتأخير تسليم البعير ، ولو لم ترد السنة بهذا لكان محض القياس يقتضى جوازه (٢).

حكم بيع الزرع إذا أفرك ولم يبس:

إن حكم الزرع السابق ذكره عند المالكية إنما هو فى زرع قد يبس حبه

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦١.

(٢) أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٩ «فصل: خطأ من أطلق أن بيع المعلوم لا يجوز».

إذ بدو الصلاح عندهم فى الرزق يبس الحب. فان كان الحب قد أفرك ولم يبس فانه يجوز بيعه بشرط القطع. يقول ابن رشد «وأما بيع السنبل إذا أفرك ولم يشتد فلا يجوز عند مالك إلا على القطع»^(١)، ولا يجوز بيعه على التبقية أو الاطلاق لكن إن وقع هل يفسخ البيع؟^(٢)، نعم يفسخ فان لم يفسخ حتى حدث مفيت للفسخ مضى البيع وبيانه كالآتى:

يرى المالكية أن عدم الجواز إنما هو فى الابتداء فان وقع مضى وفات الفسخ وفوات الفسخ يكون بواحد من أربع على الخلاف فى معنى الفوات كما ذكره عياض.

١- إذا وقع مضى بقبضه ، وقبضه حصاده. وهذا ذهب إليه أبو محمد، وعليه اقتصر المدونة ومثله فى كتاب ابن حبيب.

٢- وذهب غير أبى محمد إلى أن الفوات بالعقد نقله أبو الحسن كما فى الدسوقي.

٣- فى سماع يحيى عن ابن القاسم أن الفوات باليبس.

٤- وقيل: أن الفسخ لا يفوت بالقبض بل بمفوت بعده كما فى حاشية الصاوى ، وحاشية الدسوقي. فهى أربعة أقوال ذكر منها عياض الثلاثة الأول.

هذا ومحل منع البيع المذكور ومضيه بالفوات إن اشترى الحب على أن يتركه حتى يبس أو كان العرف ذلك. أما إن لم يشترط تركه ولم يكن العرف ذلك فبيعه جائز وكان لمشتريه تركه حتى يبس كما فى سماع يحيى،

(١) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣١.

(٢) ما ذكره هنا هو المصرح به فى مختصر خليل وعليه الشراح من عدم الفسخ إذا وجد المفيت له أما الفسخ مطلقاً فلم أر به تصريحاً وإنما بعض العبارات تحتمله عند قول مالك فى المدونة «أكرهه» فالبعض حمل الكراهة على التحريم.

وكذا فى ابن رشد لكن فى التوضيح فرض المسألة فى البيع على السكوت.
ذكره الدسوقي ، والصاوى.

ونص المدونة كما فى الشرح الصغير ، وحاشية الدسوقي «وبيع الحب بعد إفراكه وقبل ييبسه أكرهه فان وقع وفات فلا أرى أنه يفسخ» وهذه العبارة محتملة للمنع وعليه حملها بعضهم ، ومحتملة لابقائها على ظاهرها وعليه بعضهم ، وعلى احتمال المنع تكون الكراهة للتحريم ، وعلى ظاهرها تكون للتنزيه. والجمهور وشرح خليل على التوفيق فحملوا المنع على الابتداء ، وحملوا المضى وعدم الفسخ على ما بعد حدوث المفيت والذى عليه الجمهور وشرح خليل أنه بالقبض وقبضه حصاده هكذا فى الشرح الكبير وحاشية الدسوقي.

ومحل منع البيع المذكور ومضيه بالقوات إنما فى بيع الحب مع سنبله على الجزاف. والزرع قائم. فإذا كان البيع بعد القطع كالقول الأخضر وكالفريك فان بيعهما جزافا جائز. بلا نزاع لأنه ينتفع به. وإذا بيع الحب وحده والحال أنه أفرك ولم ييبس فلا يصح بيعه جزافا لأنه مغيب فتنتفى الرؤية ، ولا يصح بيعه أيضا على الكيل لعدم بدو صلاحه باليبس ، مثاله: أن يقول: اشترى منك هذا الزرع بتمامه كل أردب بكذا ، أو اشترى كل هذه الحنطة كل أردب بكذا. لكن إن وقع بيع على الكيل فانه يمضى بقبضه بالكيل كما فى الشرح الكبير ، والدسوقي^(١) والذى فى الشرح الصغير وحاشية الصاوى: يفسخ مطلقا بيع جزافا أو كيلا على التهية أو الاطلاق.

(١) وفى العدوى على شرح الخرشي ج ٥ ص ١٨٦ ، ١٨٧ مجلد ٣ «وأما إذا بيع وحده فان بيع جزافا فيمتنع مطلقا سواء كان قبل اليبس أو بعده ، وهل يمضى بقبضه؟ وقبضه كيله وهو الظاهر ولم أره. وأما إذا اشترى الحب وحده على الكيل فكذا لا يجوز قبل اليبس وإذا وقع فيمضى بالقبض وقبضه كيله فيما يظهر ولم أر ذلك ، وأما بعد اليبس فجائز.

واليك بعض النصوص الدالة على ما سبق:

جاء في الشرح الكبير^(١): «ومضى بيع حب» مع سنله^(٢) كقمح وشعير وفول وذرة «أفرك» ولايجوز ، وهي محتملة للمنع وعليه حملها بعضهم^(٣) ولابقائها على ظاهرها وعليه بعضهم^(٤) «قبل يبسه» ولم يشترط قطعه بل اشترط بقاءه للتببس أو أطلق «بقبضه» أي يمضى بقبضه بحصاده في بيعه مع سنله ، وأما بيعه مجردا عن سنله^(٥) قيل يبسه فمضيه بكيله لأنه مما فيه حق توفيه أ.هـ.

وفي الشرح الصغير^(٦): وفي الحب يبسه: المراد به غاية الافراك

(١) الشرح الكبير ج ٣ ص ١٧٨ ، ١٧٩ .

(٢) يعني أن الحب إذا بيع قائما مع سنله جزافا بعد إفراكه وقبل يبسه علي التبقية أو الاطلاق فان بيعه لايجوز ابتداء ، وإذا وقع مضى بقبضه بحصاده ، وقولنا: إذا بيع قائما احترازا مما إذا جذ كالقول الأخضر وكالفريك فان بيعهما جزافا جائز بلا نزاع لأنه ينتفع به . وقولنا: مع سنله احترازا مما إذا بيع وحده والحال أنه أفرك ولم يبس فلا يصح بيعه جزافا لأنه مغيب ولايجوز بيعه على الكيل لعدم بدو صلاحه بالببس فان وقع وبيع على الكيل فانه يمضى بقبضه بالكيل كما قال الشارح أ.هـ. الدسوقي.

(٣) قوله «وهي محتملة للمنع» أي فتوافق ما قبله من عدم الجواز ابتداء .

(٤) قوله «ولابقائها على ظاهرها» أي من كون الكراهة للتنزيه وحينئذ تكون مخالفة لما تقدم لكن بقية كلام المدونة يفيد أن المراد بالكراهة فيها الحرمة ونصها «وبيع الحب بعد إفراكه وقبل يبسه أكرهه ، فان وقع وفات فلا أرى أنه يفسخ» . قال عياض: اختلف في تأويل الفوات هنا . فذهب أبو محمد إلى أنه القبض بالحصاد وعليه اقتضت المدونة ومثله في كتاب ابن حبيب . وذهب غير أبي محمد إلى أن الفوات بالعقد نقله أبو الحسن ، والذي في سماع يحيى عن ابن القاسم أنه بالببس ، وقيل: أنه لا يفوت بالقبض بل بمفوت بعده ، فهي أربعة أقوال . ومحل منع البيع المذكور ومضيه بالفوات إن اشترى الحب على أن يتركه حتى يبس أو كان العرف ذلك أما إن لم يشترط تركه ولم يكن العرف ذلك فبيعه جائز وكان لمشتريه تركه حتى يبس كما في سماع يحيى ، وكذا في ابن رشد لكن في التوضيح فرض المسألة في البيع على السكوت.

(٥) أي على الكيل كما علمت . ككل اردب بكذا . انظر فيما سبق حاشية الدسوقي على

الشرح الكبير ج ٣ ص ١٧٨ ، ١٧٩ .

(٦) الشرح الصغير ج ٤ ص ٣١٤ ، ٣١٥ .

وبلوغه حدا لا يكبر بعده عادة «ومضى بيعه» أي الحب فلا يفسخ «إن أفرك» ولم ييبس^(١) وإن كان لا يجوز ابتداء «بقبضه». قال في المدونة: أكرهه فإن وقع وفات فلا أرى أن يفسخ أ.هـ. قال عياض: اختلف في معنى الفوات هنا: فقال أبو محمد: أنه القبض وعليه اقتصر المدونة ومثله في كتاب ابن حبيب. وذهب غير أبي محمد إلى أن الفوات بالعقد. وقيل: ييبسه^(٢). وهذا إذا اشتراه على أن يتركه حتى ييبس ، أو كان العرف في ذلك ، وإلا فالبيع جائز^(٣). والمراد بيعه جزافا مع سنبله وأما بيعه مجردا عن سنبله فقبل اليبس لا يجوز ويفسخ مطلقا^(٤) وبعد اليبس يجوز إن وقع على الكيل^(٥) أ.هـ.

وفي الجواهر «ومضى بيع حب» مع قشه قائما بأرضه جزافا عما ثمرته في رأسه كقمح «أفرك» أي صار فريكا وبيع «قبل ييبسه» وإن لم يجز ابتداء «ومضى بقبضه» أي حصده مراعاة للخلاف فيه ، ومفهوم بقبضه فسخه قبله. أ.هـ.^(٦)

وفي حاشية الصعدي «وصلاح الحب أن ييبس فلو عقد عليه فريكا فسح إلا أن يفوت بقبضه بعد جده»^(٧).

(١) أي لم يبلغ غاية الافراك. وقال الصاوي أيضا: يعني أن الحب إذا بيع قائما مع سنبله جزافا بعد افراكه وقبل ييبسه على التبقية أو كان العرف ذلك فإن بيعه لا يجوز ابتداء ، وإن وقع مضى بقبضه بحصاده. وقولنا: قائما احترازا عما جز كالقول الأخضر والفريك فإن بيعهما جزافا جائز بلا نزاع لأنه منتفع به.

(٢) أي يفوت به وإن لم يحصده. وبقي قول رابع: وهو أنه لا يفوت بالقبض بل يفوت بعده.

(٣) أي وإلا إن اشتراه على القطع أو الإطلاق أو كان العرف ذلك وكان لمشتريه حينئذ تركه حتى ييبس كما في سماع يحيى ، وكذا في ابن رشد.

(٤) أي بيع جزافا أو كيلا على التبقية أو الإطلاق.

(٥) أي ولم يتأخر قام حصاده ودرسه وذروه أكثر من نصف شهر. وسيأتي في حكم بيع المستتر.

(٦) جواهر الاكلیل ج ٢ ص ٦١.

(٧) حاشية الصعدي على كفاية الطالب ج ٢ ص ١٤٨ ، وانظر فيما سبق بلفظة السالك (=)

أقول: وأما بعد اليبس فستعرض له فى حكم بيع المستتر ، مع بيان شروط صحة بيع الزرع قائما.

مدى تكليف المشتري قطع ثمره وزرعه البادى الصلاح:

وتأسيسا على ما سبق فى حكم بيع الثمر والزرع مفردا بعد بدو الصلاح فان النتيجة المحتمية هي الاختلاف فى تكليف المشتري قطع ثمره أو حصاد زرعه. وللفقهاء قولان.

القول الأول: يجبر المشتري على القطع والحصاد فى الحال وهو للحنفية باتفاق عند عدم تنهى عظم الثمر أو الزرع ، ولجمهورهم إذا قد تنهى العظم. وذلك تفريفا لملك البائع. حيث البيع باطل بشرط التبقية ، والقطع واجب إذا اشترط ، وكذلك فى حال الاطلاق لحملهم الاطلاق على القطع. لكن إن أذن البائع بالترك جاز الابقاء بهذا الاذن لوجود الرضا ، فاذا حصلت زيادة فى عين المبيع بعد الاذن بالترك كانت للمشتري وطابت له. فان ترك بدون إذن تصدق بقيمة الزيادة إذا لم يكن قد تنهى عظمها ، ولا يتصدق بها فى حالة تنهى العظم لأنه لازيادة وإنما هو تغير وصف.

فالحكم عند الحنفية بعد بدو الصلاح كقبله حيث لا فرق^(١) وقد سبق بيان ذلك تفصيلا فى الشرط السابع من شروط صحة البيع قبل بدو الصلاح بشرط القطع^(٢).

(=) الشرح الصغير ج٤ ص ٣١٤ ، وأنظر فى موضوع المسألة. بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣١ ، شرح الحرشى وحاشية العدوى ج٥ ص ١٨٦ ، ١٨٧ مجلد / ٣ ، القوانين الفقهية ص ٢٢١ ، الفروق وتهذيبه ج٣ ص ٢٤٢ وما بعدها الفرق ١٨٥ ص ١٨٦ ، كفاية الطالب وحاشية الصعدي على الرسالة ج٢ ص ١٤٨ .

(١) إلا ما ذكرناه عن محمد بن الحسن من موافقته للجمهور فى صحة البيع بشرط التبقية بعد تنهى عظم الثمرة.

(٢) راجع مذهب الحنفية فى هذا الموضع فى البيع قبل بدو الصلاح، ص ١٨٩ .

القول الثاني: وهو لجمهور الفقهاء قالوا: لا يجبر المشتري على القطع في الحال إلا إن شرط القطع وفاء بالشرط. قال الشافعية: إن لم يسمع البائع بالترك إلى أوان الجذاذ والحصاد^(١). فان شرطت التبقية فالشرط لازم للبائع وفاء بالشرط، وكذلك في حال الاطلاق يلزمه الابقاء جملا للاطلاق على التبقية. وعند المالكية: أن للمشتري الابقاء المدة التي يحتاج إليها لتسام النضج والارطاب كالخمس عشرة يوما، وفي كتاب ابن المواز عن مالك: عشرين يوما. وجه ذلك: أن مثل هذه المدة تؤخر الثمرة طلبا للارطاب أو لبقاء النضارة فيها. ويرى ابن القاسم عدم جواز التأخير هذه المدة وانما يجوز التأخير للتمكن من القبض أو لبقاء حلاوة ما يحتاج أن يأخذه منه في كل يوم^(٢).

(١) في حاشية الباجوري ج١ ص ٣٥٠ «ولا يجوز بيع الثمرة في كل حال إلا بعد بدو صلاحه فيجوز بشرط القطع وبشرط الابقاء ومطلقا فان شرط القطع لزم الوفاء به إن لم يسمع البائع بتركها إلى أوان الجذاذ، فان لم يقطع حتى مضت مدة لثلثها أجرة لزمه أجرتها إن طالبه البائع بالقطع وإلا فلا، وإن شرط الابقاء لزم الوفاء به أيضا كما هو ظاهر، وفي صورة الاطلاق يجوز ابقاؤها إلى أوان الجذاذ المعتاد» وفي الاسنى «فبيع مالا يغلب اختلاطه منها دون الشجر بعد بدو الصلاح جائز ولو من غير شرط القطع، ويستحق به أي بالبيع الابقاء إلى وقت الجذاذ إن لم يشترط القطع للعرف فان شرط القطع لزم الوفاء به إلا أن يسمع البائع بالترك بالقطع فلم يقطع وجبت الأجرة وإلا فلا قاله الخوارزمي» قال الرملي «قوله: قاله الخوارزمي» أشار إلى تصحيحه. اسنى المطالب وحاشية الرملي ج٢ ص ١٠٣.

أقول: وقد سبق أقوال المذاهب في هذا في الشرط السابع من شروط صحة البيع قبل بدو الصلاح بشرط القطع، وقد بينا أثر التأخير عن القطع بعد اشتراطه، وما قيل هناك يقال هنا، ص ١٨٨ وما بعدها.

(٢) في المنتقى ج٤ ص ٢٤٧، ٢٤٨ «قال مالك: من اشترى ثمرا من نخل مسماة أو حائط مسمى... أنه لا بأس بذلك إذا كان يؤخذ عاجلا بشرع المشتري في أخذه عند دفعه الثمن...» قال الباجي: وهذا كما قال: أنه لا بأس أن يشتري ثمرا من حائط معين أو... إذا كان المشتري بشرع في قبضه، يريد أن ذلك في وقت يمكن قبضه بأن يبدو صلاح الثمرة... وأما إذا لم يبدو ثمر الحائط... فذلك غير جائز، والأصل في ذلك نهيه - ~~عن~~ - عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها.

ثم قال الباجي «فصل» إذا ثبت ذلك فقوله: إذا كان يوجد عاجلا بشرع المشتري في (=)

والقول بالابقاء لتتمام النضج والارطاب -بغض النظر عن المدة المذكورة- يقترب كثيرا من قول الشافعية والحنابلة بالابقاء إلى أوان الجذاذ والحصاد يؤيد ذلك ما جاء عند المالكية «للبائع والمشتري إذا كان الأصل لأحدهما والشر للآخر ، أو بينهما السقى إلى الوقت الذي جرت العادة بجذ الثمر فيه»^(١) ، فهذا النص يدل على أنهم يقولون ببقاء الثمرة إلى الوقت الذي جرت العادة بجذ الثمرة فيه فلا يجبر على القطع قبله بدلالة أن السقى إلى هذا الوقت.

والاباضية كالشافعية والحنابلة بل إن ابن بركة الاباضى زعم أن الشافعي زعم أن هذا إجماع بلا خلاف بين أحد من العلماء. والحق أنني لم أر للامام الشافعي هذا الزعم بل إن أصحابه يذكرون الخلاف مع أبي حنيفة.

يقول ابن بركة «وصلاح الثمار أن تصفر ، وتحمر ، وتنجو بهذا عند العلماء من العاهة والخوف عليها فحينئذ يجوز شراؤها على أن تترك في رؤوس النخل إلى أوان الجذاذ. وزعم الشافعي على أن من باع ثمرة قد بدا صلاحها أن عليه أن يتركها في النخلة إلى حين الجداد شرط المبتاع أو لم يشترط ، وزعم أن هذا إجماع بلا خلاف بين أحد من العلماء»^(٢).

ويقول الشماخي «وإذا اشترى غلة الأشجار وقد أدركت واشترط على

(=) أخذه عند دفعه الثمن. يريد أن لا يتأخر ذلك تأخيرا لا يحتاج إليه لتتمام النضج وإنما يتأخر بقدر ما يحتاج إليه لتتمام النضج والارطاب كالحمسة عشر يوما. وقال مالك في كتاب ابن المواز: عشرين يوما. وجه ذلك أن مثل هذه المدة تؤخر الثمرة في رؤوس النخل طلبا للارطاب أو لبقاء النضارة فيها ليؤخر وقتا بعد وقت بنضارتها مع ما قدمناه من أن ذلك من ضمان البائع. وأما ابن القاسم فإنه لا يجوز أن يتأخر مثل هذه المدة لأنه لا غرض في تأخره غير مجرد التمكن من الأخذ وهذا فيما يشرع فيه منه ، وأما إتصاله بعد ذلك فيجوز تأخيره أخذا للتمكن من قبضه أو لبقاء حلاوة ما يحتاج إليه بأخذه منه في كل يوم...»

(١) الشرح الكبير ج ٣ ص ١٧٣ ، ١٨٤ ، وانظر. حاشية الدسوقي على الشرح السابق ،

وشرح الحرشي وحاشية العدوي ج ٥ ص ١٨٣.

(٢) الجامع لابن بركة ج ٢ ص ٣٢٨.

البائع أن يتركها إلى وقت معلوم فهو جائز ويكون على المشتري سقيها ، وليس على البائع أن يمنع الماء الذي يسقى به أول مرة ، وإن لم يشترط وقتا معلوما فليس للبائع أن يأخذه بقطعها دون عادة الناس ويقطعها المشتري على قدر عادة أهل البلد ، ولا يترك أن يضر بصاحب النخل ، ولا يترك صاحب النخل أن يضر بصاحب الغلة والضرر محرم ، وفسر أبو ستة الإدراك بالزهو أى بدو الصلاح كما لأطفيش بدليل احتياجها للسقى^(١) » وكذلك أيضا بيع الزرع إذا أدرك وطاب جائز وإدراكه أن يدخله الطعام قياسا على بيع الثمرة ... ويكون أيضا على المشتري أن يقطعه على قدر عادة أهل البلد كما ذكرناه فى الثمار نسقا بنسق^(٢) .

إذا اتضح ذلك فإن الشافعية والحنابلة والاباضية قالوا بالابقاء إلى أوان الجذاذ والحصاد حملا للأمر على ما جرى به العرف والعادة ، فيصير فى حال الإطلاق كما لو شرط التبقية. فالعادة بعد بدو الصلاح الترك إلى الجداد والحصاد حيث لا يكلف النقل قبله قياسا على ما لو اشترى متاعا بالليل فانه لا يكلف نقله إلا بالنهار ، وعلى ما لو اشترى سفينة من الطعام فانه يؤمر بتفريغها على ما جرت العادة ولا يكلف أن يفرغها فى يومه^(٣) .

يقول العز بن عبد السلام فى فصل تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال

(١) الايضاح وحاشية أبى ستة ج ٥ ص ٦٤ ، وانظر شرح النيل ج ٨ ص ١١٧ ، ١١٨ .

(٢) الايضاح السابق ص ٦٥ .

(٣) حاشية الباجورى ج ١ ص ٣٥٠ ، الحاوى الكبير ج ٦ ص ٢٣١ ، الروضة ج ٣ ص ٢٠٩ ، ٢١١ ، تنمة الابانة ج ٤ ورقة ١٥٩ ، ١٦٠ ، ١٦٤ ، ١٦٥ ، المهذب ج ١ ص ٢٨١ ، أسنى المطالب وحاشية الرمل ج ٢ ص ١٠٣ ، شرح المحلى وقلبوس وعميرة ج ٢ ص ٢٣٣ ، تحفة المحتاج والشروانى والعبادى ج ٤ ص ٤٦٠ ، الشامل ص ٢٨٦ ، ٢٨٩ ، ٢٩٥ ، البيان ص ١٥١ ، ١٥٢ ، حلية العلماء ج ٢ ص ٥٤٩ ، المغنى ج ٤ ص ٢٢٢ ، الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، كشف القناع ج ٣ ص ٢٨٥ ، الروض المربع ج ٢ ص ١٣٢ ، شرح الزركشى ج ٣ ص ٥٠٣ ، ٥٠٤ ، الاتصال ج ٥ ص ٦٥ ، شرح النيل ج ٨ ص ١١٧ ، ١١٨ ، القواعد لابن رجب ص ٢٠٣ ، ٢٠٤ .

منزلة صريح الأقوال فى تخصيص العموم وتقييد المطلق وغيرهما «المثال الرابع: إذا باع ثمرة قد بدا صلاحها فانه يجب ابقاؤها إلى أوان جذاها ، والتمكن من سقيها بجائها لأن هذين مشروطان بالعرف فصار كما لو شرطهما بلفظه» .

ثم أنه يشير اعتراضا ويرد عليه. قال «فان قيل: لو باع ماشية وشرط سقيها أو علفها على البائع أو شرط ابقاها فى ملك البائع مدة فان ذلك لا يصح فلم صح هذا الاشتراط ههنا؟ قلنا: لأن الحاجة ماسة إليه وحاملة عليه فكان من المستثنيات عن القواعد تحصيلًا لمصالح هذا العقد» (١).

ويقول السيوطي «قال الرافعي: العادة الغالبة إنما تؤثر فى المعاملات لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيما يروج فى النفقة غالباً» (٢).

ويقول العمرانى حاكباً مذهب أبى حنيفة والجمهور «وإذا باع الثمرة أو الزرع بعد بدو الصلاح فيه ، فان باعه بشرط القطع: صح البيع بالاجماع لحديث ابن عمر رضى الله عنهما وأرضاها ، ولأنه إذا صح بيعه بشرط القطع بعد بدو الصلاح فبعد بدو الصلاح أولى. وان باعه مطلقاً: صح بيعه بالاجماع ، فعندنا يلزم البائع تبقيته إلى وقت الجذاذ والحصاد ، وعند أبى حنيفة رحمه الله: يلزم المشتري نقله فى الحال ، كما قلنا فيمن باع نخلا وعليها ثمرة مؤبرة (٣) ولو باعه بشرط التبقيّة إلى وقت الحصاد: صح البيع عندنا ، وبه قال محمد رحمه الله ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: لا يصح. دليلنا: أن نقل المبيع لا يجب إلا على ما جرت به العادة بنقله ، ولم تجر العادة بنقل الثمرة والزرع إلا وقت الجذاذ ، فاقضى الاطلاق ذلك ، وكان شرط التبقيّة بياناً لما يقتضيه العقد فلم يمنع صحة البيع» ثم يذكر

(١) قواعد الأحكام ج٢ ص ٢٨٠ ، ٢٨١ .

(٢) الأشباه والنظائر ص ٩٦ .

(٣) راجع بحثنا «مدى تبعية الثمر والشجر والزرع لأصله فى البيع» ص ٢٢٢ وما بعدها .

الأثر المترتب فيقول «إذا ثبت أن المشتري لا يلزمه نقل ثمرته ولا زرعها إلا عند الحصاد فيه في الاطلاق أو بشرط التبقية فعلمه حكم من باع نخلا وعليها ثمرة مؤبرة فيلزمه^(١) أن يأخذ ذلك في الحالة التي يلزم البائع^(٢) أخذ ثمرته^(٣)، والتحديد بالابقاء إلى أوان الجذاذ هو الراجع. وقيل: يتأخر عنه زمنا لا ينسب المشتري فيه إلى توان بتركه. وقيل: إلى نفس الجذاذ^(٤).

وإذا كان الراجع هو أوان الجذاذ والحصاد. فإن كانت مما تؤخذ ثمرها فالى أول أوقات جذاذها ثمرها ، وإن كانت مما تؤخذ رطبها فالى أول لقاطها رطبها ، وإن كانت مما تؤخذ بسرا ، فالى أول قطعها بسرا ، وكذلك الكلام في الكرم والشجر ، فنقر الكرم إلى وقت القطاف ، والشجر إلى وقت اللقاط ، ولا يؤخرها إلى نهاية النضج كما في الحاوى وغيره.

وعبارة ابننا قدامة والزرکشي: ... فإذا تقرر هذا فالرجع في جزه إلى ما جرت به العادة فإن كان المبيع نخلا فحين تنتهى حلاوة ثمره ، وإن كان مما يسره خيرا من رطبه ، أو ما جرت العادة بأخذه بسرا فإنه يجزه حين تستحكم حلاوة يسره لأن هذا هو العادة ، فإذا استحكمت حلاوته فعليه قطعه ، وإن كان المبيع عنبا أو فاكهة سواء فأخذه حتى ينتهى ادراكه ويجز مثله. قال ابننا قدامة: وهذا قول مالك والشافعي.

وإن قيل: بقاؤه في شجره خير له لم يكن له ابقاؤه لأن العادة في القطع قد وجدت فليس له الابقاء بعد ذلك وإن كان في الابقاء خير له كما

(١) أي مشتري الثمرة والزرع مفردا عن أصله.

(٢) أي في حالة شراء الشجرة وعليها ثمرة للبائع ، والتي موضوعها «مدى التبعية» السابق.

(٣) البيان ص ١٥١ ، ١٥٢.

(٤) حاشية الرملى على أسنى المطالب ج ٢ ص ١٠٣ ، ولاحظ بحثنا «مدى التبعية» في الوقت الذي يأخذ فيه البائع للشجر ثمرته التي له عليها ص ٢٣٤ وما بعدها.

فى الأم وغيره. وقال ابنا قدامة: وهذا قول مالك والشافعى^(١).

ولو اختلف عرف الناس فما الحكم؟ فى الاستذكار للدارمى عن ابن القطان: أنه يحمل على عرف البائع. قال الرملى: وعندى يحمل على عرف الأكثر من البلد ، فان كان عرف تلك الشجرة التبقية إلى آخر الثمار فله ذلك^(٢).

أثر الآفة على الإبقاء:

لو أصابت الثمار آفة ولم يكن فى تركها فائدة ، فهل للمشتري الإبقاء؟ قولان للشافعية^(٣) هما وجهان للحنابلة. أحدهما عند الشافعية الإبقاء مع وجود ذلك وهو ظاهر كلام ابن قدامة. والأظهر عند الشافعية: القطع فى الحال حيث لا فائدة ، وصوبه المرداوى من الحنابلة ، ورجحه ابن الرفعة وغيره من الشافعية واستظهره الأذرى والشيخ زكريا الأنصارى^(٤) وهو الراجح فى نظرنا فالقول بالإبقاء حينئذ تحكم.

ان كان فى الإبقاء ضرر بالبائع:

من المعلوم فى مسألتنا أن الشجرة والأرض للبائع وأن الذى للمشتري

(١) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٠٣ ، البيان ج٣ ورقة ٧٣ ، ٧٤ مخطوط ، روضة الطالبين ج٣ ص ٢٠٨ ، تحفة المحتاج وحاشية الشروانى ج٤ ص ٤٥٨ ، ٤٥٩ ، أسنى الطالب ج٢ ص ١٠٢ ، ١٠٣ ، الأم ج٣ ص ٤٤ مجلد / ٣ ، المنتقى للهاجى ج٤ ص ٢٤٨ ، المغنى والشرح الكبير ج٤ ص ٢٠٦ : ٢٠٨ ، الروض المربع وحاشية العنقرى ج٢ ص ١٢٧ ، الانصاف ج٥ ص ٦٠ : ٦٢ ، كشف القناع ج٣ ص ٢٨٠ ، شرح الزركشى ج٣ ص ٤٩٠.

(٢) الرملى على الأسنى ج٢ ص ١٠٢ ، ١٠٣.

(٣) كما فى روضة الطالبين ج٣ ص ٢٠٨.

(٤) المغنى والشرح الكبير ج٤ ص ٢٠٦ : ٢٠٨ ، الانصاف ج٥ ص ٦٠ - ٦٢ ، شرح الزركشى ج٣ ص ٤٩٠ ، تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٥٩ ومعها حاشية الشروانى ، شرح جلال المحلى وحاشية قليوبى وعميرة ج٢ ص ٢٣٢ ، أسنى الطالب ج٢ ص ١٠٢ ، ١٠٣.

هو الثمر أو الزرع ، وقد تصاب الشجرة بعطش ويخاف البائع لثمرتها أن تشرب الثمرة الماء من أصل الشجرة فتتضرر ، فهل يكلف المشتري القطع قبل أو ان الجذاذ الذي يقضى به العرف والعادة؟. قولان للشافعية هما وجهان للحنابلة.

القول الأول: لا يكلف المشتري ذلك لأن البائع دخل فى العقد على أن يترك المشتري ثماره إلى أو ان الجذاذ فلزمه تركه. وهو ظاهر كلام المتولى يقول « ليس للبائع أن يكلفه قطعها وإن كان فى التبقية اضرارا ، لأن التبقية حقه فلا يمنعه من استحقاقه بسبب ضرر يدخل على الغير»^(١). وهو ظاهر كلام ابنى قدامة من الحنابلة.

القول الثانى: للبائع تكليف المشتري القطع لأن البائع إنما رضى بذلك إذا لم يضر به فاذا أضر به لم يلزمه تركه.

وهو الأظهر عند الشافعية كما فى الروضة. ورجحه ابن الرفعة ، واستظهره الأذرعى والشيخ زكريا الانصارى، والصحيح عند الحنابلة^(٢) وهو قول الاباضية^(٣) والراجح فى نظرنا إزالة للضرر.

ويلاحظ ان الابقاء إلى وقت الجذاذ والحصاد حيث قلنا به ، يكون بلا أجره^(٤).

- (١) تنمة الابانة ج٤ ورقة ١٦٥ ، وانظر. مختصر المزنى ج٨ ص ١١٧ ، ١١٨.
- (٢) المهذب ج١ ص ٢٨٠ ، روضة الطالبين ج٢ ص ٣٠٨ ، البيان ج٢ ورقة ٧٤ مخطوط ، حلية العلماء ج٢ ص ٤٥٩ ، ٥٥٠ ، تنمة الابانة ج٤ ورقة ١٥٦ ، ١٥٧ ، الأم ج٢ ص ٤٤ مجلد/ ٢ ، تحفة المحتاج وحاشية الشروانى ج٤ ص ٤٥٩ ، شرح جلال المحلى وحاشية قليوبى وعميرة ج٢ ص ٢٣٢ ، تنمة الابانة ج٤ ورقة ١٥٦ ، أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٢ ، ١٠٣ ، المغنى والشرح الكبير ج٤ ص ٢٠٦ - ٢٠٨ ، الانصاف ج٥ ص ٦٠ ، ٦١ ، ٦٥ ، شرح الزركشى ج٢ ص ٤٩٠ ، كشاف القناع ج٢ ص ٢٨٠.
- (٣) جاء فى الايضاح ج٥ ص ٦٤ « وإن لم يشترط وقتا معلوما فليس للبائع أن يأخذه أن يقطعها دون عادة الناس ، ويقطعها المشتري على قدر عادة أهل البلد. ولا يترك أن يضر بصاحب النخل ، ولا يترك صاحب النخل أن يضر بصاحب الفلة والضرر محرم».
- (٤) القواعد لابن رجب ص ٢٠٣ القاعدة / ٨٥.

المبحث الثاني

بم يكون بدو الصلاح ووقت امان العاهة؟

البدو فى اللغة: الظهور. بدا الأمر من باب سما أي ظهر. وقرئ
﴿الذين هم أراذلنا بادي الرأي﴾^(١) أي فى ظاهر الرأي ، ومن همزه
جعله من بدت معناه أول رأى وبدا القوم خرجوا إلى باديتهم ، وبداله فى
هذا الأمر «بناء» بالمد أي نشأ له فيه رأى^(٢) والصلاح ضد الفساد. صلح
الشيء «صرحا» و«صلاحا» أيضا و«صلح» بالضم لغة ، وهو خلاف
فسد^(٣).

وأما فى اصطلاح الفقهاء فقد اختلف فيه ، وللفقهاء فى بدو صلاح
الثمرست اتجاهات تبعا لما يراه كل فقيه من حصول الأمان من العاهة
والفساد. أما بدو الصلاح فى الزرع فليس الخلاف فيه واسعا كالثمر.

الاتجاه الأول: أن بدو الصلاح فى الثمار جميعا أن يوجد مايؤكل
منها لافرق فى ذلك بين ثمر النخل والكرم وغيره فلا يكفى ظهور اللون
فيما يتلون بل لابد من وجود مايطيب أكله منها قل أم كثر. وبه قال أبو
البركات من الحنابلة وتبعه فى الفروع وجماعة ومال إليه الزركشى فى شرحه
وقدمه على غيره حيث قال «والضابط الذى ذكره أبو البركات أجود» وقال
فيه المرداوي «وهذا الضابط أولى» بل إن البهوتى فى كشفه ، والمرداوي فى
الانصاف قالا «والظاهر أنه مراد غيرهم وما ذكروه علامة على هذا»^(٤)، أى

(١) سورة هود جزء من الآية: ٢٧.

(٢) مختار الصحاح ص ٣١ باب الباء ، المصباح المنير ج ١ ص ٤٠ كتاب الباء.

(٣) المصباح المنير ج ١ ص ٣٤٥ كتاب الصاد ، مختار الصحاح ص ١٩٤ باب الصاد.

(٤) فى شرح الزركشى بعد بيان الصحيح فى المذهب وهو التفرقة بين ثمر النخل والكرم وبين
غيرهما من الثمار. يذكر الزركشى جملة من الأحاديث ثم يقول «وعلى هذا أيضا ينبغي
أن يحمل كلام الحرقى فى ثمرة النخل أنه لابد مع احمرارها واصفرارها من صلاحيتها (=)

ما ذكره غيرهم من اللون والحلاوة علامة على طيب الأكل.

وهو أيضا مروى عن ابن عباس وابن عمر وعطاء كما في المغنى والشرح^(١) وقول عطاء مذكور أيضا في الأم^(٢) والحاوي الكبير^(٣).

دليل هذا الاتجاه: استدلوا بحديث جابر بن عبد الله ، وحديث عبد الله بن عباس. أما حديث جابر بن عبد الله فهو في البخارى ومسلم وغيرهما « أن رسول الله - ﷺ - نهى أن تباع الثمرة حتى تشق قبيل: وماتشق؟ قال: حتى تحمار وتصفار ، ويؤكل منها »^(٤) ، فمقتضى هذا الحديث أنه لا يكتفى باللون بل لابد من صلاحيتها للأكل أيضا كما قال الزركشي^(٥).

(=) للأكل وفاقا لحديث جابر وابن عباس ، وكذلك جعل أبو الهركات الضابط في جميع الثمار أن يطيب أكلها ويظهر فيها النضج ... والضابط الذي ذكره أبو الهركات أجود ، شرح الزركشي، ج ٣ ص ٥٠٧ : ٥٠٩ ، وفي كشف القناع ج ٣ ص ٢٨٧ « وقال المجد وتبعه في الفروع وجماعة: بدو صلاح الثمر: أن يطيب أكله ويظهر نضجه. قال في الانصاف: وهذا الضابط أولى ، والظاهر: أنه مراد غيرهم ، وما ذكروه علامة على هذا ، وجزم به في المنتهى » ، وفي الانصاف ج ٥ ص ٨٠ ، ٨١ « وقال صاحب المحرر - وتبعه في الفروع - وجماعة: بدو صلاح الثمر: أن يطيب أكله ويظهر نضجه ، وهذا الضابط أولى. والظاهر: أنه مراد غيرهم وما ذكروه علامة على هذا ».

(١) « وقال عطاء: لا يباع حتى يؤكل من الثمر قليل أو كثير ، وروى عن ابن عمر وابن عباس » المغنى ج ٤ ص ٢٢٤ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٣٠٨ ، ٣١١.

(٢) روى الربيع بسنده عن ابن جريج أنه قال لعطاء: وكل ثمرة كذلك لا تباع حتى يؤكل منها؟ قال: نعم. قال ابن جريج: فقلت: من عنب أورمان أو فرسك؟ قال: نعم. قال ابن جريج: فقلت له: أرايت إذا كان الشيء من ذلك يخلص ويتحول قبل أن يؤكل منه أيباع قبل أن يؤكل منه؟ قال: لا ، ولا شيء حتى يؤكل منه » ، الأم ج ٣ ص ٤٨ مجلد ٢ باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار.

(٣) « وحكى عن عطاء: أن بدو الصلاح بأن يوجد في الثمر ما يؤكل » الحاوي الكبير ج ٦ ص ٢٣١.

(٤) سبق في النص الحاكم حديث رقم (٤) ، ص ٨١.

(٥) شرح الزركشي ج ٣ ص ٥٠٧ : ٥٠٩.

وأما حديث عبد الله بن عباس ففى مسلم: فقد سأله سعيد بن فيروز عن بيع النخل فقال «نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل وحتى يوزن. قال: فقلت: وما يوزن؟ فقال رجل عنده: حتى يحزر»^(١)، وهذا الحديث ظاهر فى الدلالة على اعتبار أمر زائد فى بدو الصلاح وهو طيب الأكل^(٢).

المناقشة:

قال فى الحاوى «وأما من اعتبره بوجود ما يؤكل منه فلا يصح لأن ثمار النخل قد تؤكل طلعاً ثم تؤكل بلعاً وحالاً، والكرم قد يؤكل حصرماً ولا يكون ذلك صلاحاً»^(٣).

وقال الشافعى بعد روايته لقول عطاء: والسنة يكتفى بها من كل ما ذكر معها غيرها فإذا نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع الثمر إلى أن يخرج من أن يكون غصاً كله فأذن فيه إذا صار منه أحمر أو أصفر فقد أذن فيه إذا بدا فيه النضج واستطيع أكله...^(٤).

وذهب ابننا قدامة إلى محاولة للتوفيق بين هذا القول وقول الجمهور فقالوا: ولعلمهم - يعنى ابن عمر وابن عباس وعطاء - أرادوا صلاحه للأكل فيرجع معناه إلى ما قلنا فابن عباس قال «نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل» وإن أرادوا حقيقة الأكل فيحمل على ذلك موافقة لأكثر الأخبار، وهو ما روى عن النبى - ﷺ - أنه «نهى عن بيع

(١) سبق فى النص الحاكم حديث رقم (٥)، ص ٨٣. والحزر: التقدير. وحزرت النخل إذ أخرجته. المصباح المنير ج ١ ص ١٣٣ كتاب الحاء.

(٢) شرح الزركشي ج ٣ ص ٥٠٧ : ٥٠٩.

(٣) الحاوى الكبير ج ٦ ص ٢٣٢، وانظر. تكملة المجموع للسبكي ج ١١ ص ٢٥٠، المغنى

ج ٤ ص ٢٢٤.

(٤) الأم ج ٣ ص ٤٨ مجلد ٢، مختصر المزنى ج ٨ ص ١١٧.

التمر حتى يطيب أكله»^(١) ونهى أن تباع الثمرة حتى تزهر ، قيل: وما تزهر؟ قال «تحمّر أو تصفر»^(٢) ، «ونهى عن بيع العنب حتى يسود»^(٣) ، والأحاديث في هذا كثيرة كلها تدل على معنى والله أعلم^(٤).

الاقتهاء الثاني: بدو الصلاح في الثمار هو طلوع الثريا^(٥) حكى عن بعض الفقهاء كما في الشامل والبيان ، ومروي عن زيد بن ثابت ، وعبد الله بن عمر. وطلوعها صباحا مع الفجر يقع في أول فصل الصيف وذلك عند اشتداد الحر في بلاد الحجاز ، وابتداء نضج الثمار كما في فتح الباري ، ونيل الأوطار ، وسبل السلام وغيرهم. وفي بداية المجتهد «لا تنتي عشرة ليلة خلت من آيار ، وهو مايو» وذكر أنه قول لمالك في رواية ابن القاسم عنه^(٦).

ففي صحيح البخاري قال أبو الزناد «وأخبرني خارجة بن زيد بن ثابت: لم يكن يبيع ثمار أرضه حتى تطلع الثريا ، فيتبين الأصفر من الأحمر»^(٧).

(١) الحديث لجابر في البخاري ومسلم وغيرهما في النص الحاكم حديث رقم (٤) بلفظ «حتى يطيب» «حتى يطعم».

(٢) سبق في النص الحاكم حديث رقم (٣) وهو لأنس في البخاري ومسلم وغيرهما.

(٣) وهو لأنس في النص الحاكم حديث رقم (٣) عند ابن ماجه والترمذي وأبي داود. قال أبو عيسى: هذا حديث حسن.

(٤) راجع نصوص هذه الأحاديث بالنص الحاكم، ص ٧٤ وما بعدها ، وانظر. المغنى ج٤ ص ٢٢٤ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٣٠٨ : ٣١١.

(٥) الثريا: النجم. وهو علم عليها لا أنها نجم واحد بل هي منزلة القمر ، فيها نجوم مجتمعه. تاج العروس ج١٠ ص ٥٧ ، مختار الصحاح ص ٥٢ باب الثاء . فتح الباري ج٤ ص ٤٦٢ ، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٠ ، سبل السلام ج٣ ص ٤٧ ، وفي اللسان: الثريا: نجم معروف ، سمي بذلك لكثرة كواكبه مع ضيق المحل ، لسان العرب ج٤ ص ١١٢ ، المعجم الوجيز ص ٨٣ مادة: ثرا.

(٦) البيان ص ١٥٥ ، الشامل ص ٢٩٢ ، بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٩ ، ٢٣٠.

(٧) صحيح البخاري بفتح الباري ج٤ ص ٤٦٠ ، وسبق الحديث بتمامه في النص الحاكم حديث رقم (١١) ، ص ٧١.

وعند الامام أحمد عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما « أن النبي ﷺ - نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة ، فقبل لابن عمر: متى تنجو من العاهة؟ قال: طلوع الثريا »^(١).

وقد روى أبو داود^(٢) من طريق عطاء عن أبي هريرة مرفوعا قال: قال رسول الله - ﷺ - « إذا طلع النجم صباحا رفعت العاهة » وفى رواية « ما طلع النجم صباحا قط ويقوم عاهة إلا رفعت أو خفت » رواه كله أحمد والبزار والطبراني فى الصغير ولفظه « إذا ارتفع النجم رفعت العاهة عن كل بلد » ، وروى الأول فى الأوسط بنحوه ، وفيه عسل - بكسر العين وسكون السين - بن سفيان ، وثقه ابن حبان وقال: يخطئ ، ويخالف ، وضعفه جماعة ، وبقيّة رجال أحمد رجال الصحيح^(٣).

ويقول ابن رشد بعد حكايته لقول عبد الله بن عمر ، وزيد بن ثابت « وروى ابن القاسم عن مالك أنه لا بأس أن يباع الحائط وإن لم يزه ، إذا أزهى ماحوله من الحيطان إذا كان الزمان قد أمنت فيه العاهة ، يريد والله أعلم طلوع الثريا ، إلا أن المشهور عنه أنه لا يباع حائط حتى يبدو فيه الزهو ، وقد قيل: أنه لا يعتبر مع الازهاء طلوع الثريا »^(٤).

(١) مسند أحمد ج٧ ص ١٠٧ ، ج١٢ ص ٥٠ ، وقال الشيخ أحمد شاكر: اسناد صحيح . وانظر الحديث فى الأم ج٣ ص ٤٧ ، ٤٨ مجلد ٢ باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار ، مسند الشافعي ص ٥٧٢ ، ط دار الفد. نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٠ ، فتح الباري ج٤ ص ٤٦١.

(٢) بحثت عنه فى سنن أبي داود فى مظانه فلم أعثر عليه. وانما ذكره الحافظ فى الفتح وتبعه الشوكاني ، والصنعاني ، فتح الباري ج٤ ص ٤٦١ ، ٤٦٢ ، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٠ ، سبل السلام ج٣ ص ٤٧.

(٣) مجمع الزوائد ج٤ ص ١٨٥ باب متى ترفع العاهة.

(٤) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣٠.

المناقشة :

يقول الماوردي « وقد اختلف الناس في بدو الصلاح ، فروى عن ابن عمر : أن بدو الصلاح في الثمار بطلوع الثريا » ثم قال « فأما اعتباره بطلوع الثريا فلا يصح ، لأن من البلاد ما يتعجل طلوع الثريا فيه ويتأخر صلاح ثمره ، ومنها ما يتأخر طلوع الثريا فيه ويتعجل صلاح ثماره . ولأن البلد الواحد قد يتعجل صلاح ثماره في عام لاشتداد الحر ودوامه ، ويتأخر في عام آخر لاشتداد البرد ودوامه ، وطلوع الثريا لا يختلف بالحر والبرد »^(١) وأيضا فان المعتبر في الحقيقة نضج الثمار وطلوع النجم علامة له وقد بينه حديث زيد بن ثابت بقوله « فبتين الأصفر من الأحمر . كما ذكر الحافظ وغيره »^(٢).

ثم انه قول صحابي قاله على عادة أهل بلاده ، ففي الشامل « وما رواه فليس من قول النبي - ﷺ - وإنما هو من قول ابن عمر رضى الله عنه ، وإنما قال ذلك على عادة أهل تلك البلاد ، أن طلوع الثريا إنما يكون عند بلوغ الثمرة ، وإلا فهو يختلف في البلاد ، والغرض ببلوغ الثمرة زوال الغرر ، وذلك يحصل ببلوغها لا بطلوع الثريا »^(٣).

ويقول المتولى في قول عبد الله ابن عمر « وهذا إنما قاله على عادة الحجاز ، لأن بدو الصلاح في الحجاز يكون في هذا الوقت فأما في البلاد الباردة يتأخر »^(٤).

ويقول العمراني « وحكى عن بعض الفقهاء أنه قال: بدو الصلاح هو طلوع الثريا ... لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما وأرضاهما ... » ثم

(١) الحارثي الكبير ج٦ ص ٢٣١ ، ٢٣٢ .

(٢) فتح الباري ج٤ ص ٤٦١ ، ٤٦٢ ، تيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٠ ، سبل السلام ج٣ ص ٤٧ .

(٣) الشامل ص ٢٩٢ .

(٤) تنمة الابانة ج٤ ورقة ١٦٣ .

قال «وأما قول ابن عمر رضى الله عنهما وأرضاها فانما بين بذلك وقت بدو الصلاح»^(١).

ويقول السبكي «وكأن ابن عمر إنما أطلق طلوع الشربا لأنه أوان طيب الثمرة غالبا عندهم فى ذلك الوقت»^(٢).

الاتجاه الثالث: أن بدو الصلاح بالازهاء ، وبتلوع الشربا ، أي بالأمرين جميعا إذا كان فى الحائط أجناس من الثمرة مختلفة الطيب ، وهو لبعض المالكية. يقول ابن رشد فى حكايته لمذهبه ومذاهب العلماء «... وبالجمللة أن تظهر فى الثمر صفة الطيب ، هذا هو قول جماعة فقهاء الأمصار ... وروى ابن القاسم عن مالك أنه لا بأس أن يباع الحائط وإن لم يزه إذا أزهى ماحوله من الحيطان إذا كان الزمان قد أمنت فيه العاهة يريد -والله أعلم- طلوع الشربا إلا أن المشهور عنه أن لا يباع حائط حتى يبدو فيه الزهر ، وقد قيل: أنه لا يعتبر مع الازهاء طلوع الشربا » ثم يقول «أقوال العلماء فيما هو بدو الصلاح: فالمحصل من بدو الصلاح للعلماء ثلاثة أقوال. قول: أنه الازهاء وهو المشهور. وقول: أنه طلوع الشربا وإن لم يكن فى الحائط فى حين البيع ازهاء ، وقول الأمران جميعا إذا كان فى الحائط أجناس من الثمر مختلفة الطيب: وعلى المشهور من اعتبار الازهاء يقول مالك: ...»^(٣).

المناقشة :

وهذا الاتجاه يناقش بما نوقش به الاتجاه الثانى السابق.

الاتجاه الرابع: أن بدو الصلاح بقوة الثمرة واشتدادها. حكى ذلك

(١) البيان ص ١٥٥.

(٢) تكملة المجموع ج ١١ ص ٣٥٠.

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٩ ، ٢٣٠.

عن النخعي كما في الحارثي.

المناقشة:

نوقش بأن قوة الثمار قبل صلاحها ، فإذا صلحت لانت ونضجت.

يقول الماوردي « وحكى عن النخعي: أن بدو الصلاح بقوة الثمرة واشتدادها » ، ثم قال « وأما من اعتبره بالقوة والاشتداد ، فغلط لأن قوة الثمار قبل صلاحها ، فإذا صلحت لانت ونضجت »^(١).

الاتجاه الخامس: وهو للحنفية فهو لا يرون أن معناه في الثمر والزرع هو الظهور والبروز. فهو في الثمرة بتناثر الزهر عنها وانعقادها ، وفي الزرع ببروزه من الأرض وصيرورته بقلًا. أما اللون والحلاوة فإن ذلك يحصل من الشمس والقمر وسائر الكواكب بقدره الله سبحانه وتعالى ، وهذه الأوصاف لا تدخل لها في الأمان من العاهة والفساد ، وإنما يحصل ذلك بالظهور.

وقد أدى بهم ذلك إلى القول بجواز بيع الثمار والزرع بعد الظهور حتى ولو لم يبد صلاحها على النحو الذي ذهب إليه الجمهور - فيجوز بيعها بشرط القطع - ، أو على الإطلاق ، وحملوا الإطلاق على القطع ، والمنوع عندهم بيعها قبل الظهور ، وبعد الظهور على شرط التيقية حتى ولو بدا صلاحها على النحو الذي فهمه الجمهور إلا محمداً فيما تنهى عظمه كما مر في المبحث الأول.

وما يؤيد صحة ما ذكرناه عنهم في بدو الصلاح النصوص الآتية:

ففي الزرع يقول في الدر « لا يصح بيع الزرع قبل صيرورته بقلًا »^(٢).

(١) الحارثي الكبير ج ٦ ص ٢٣٢.

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٩ ، وقد سبقت نصوص كثيرة لهم في هذا الصدد.

ويقول ابن الهمام فى الخلاف بين مذهبهم ومذهب الشافعى «... لكن بدو الصلاح عندنا أن تأمن العاهة والفساد ، وعند الشافعية هو ظهور النضج وبدو الحلاوة ، والخلاف إنما هو فى بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف فى معناه لابتسوط القطع»^(١) ، «وفى الشمنى: وإنما الخلاف فى تفسير بدو الصلاح ، وعندنا على ما فى المبسوط هو أن يأمن العاهة والفساد»^(٢) ، وذلك كما فى ابن عابدين «بالبروز أى الظهور. والمراد به انفراك الزهر عنها وانعقادها ثمرة وإن صغرت»^(٣) . وعند عدم الزيادة بعد تناهى عظم الثمرة «... وإذا تركها بغير إذنه بعد ماتناهى عظمها لم يتصدق بشئ لأن هذا تغير حاله من النىء إلى النضج لا تحقق زيادة فى الجسم فان الثمرة إذا صارت بهذه المثابة لايزاد فيها من ملك البائع بغير إذنه شئ بل الشمس تنضجها. والقمر يلونها والكواكب تعطيها الطعم»^(٤) .

أقول: فالمفهوم من مذهب الحنفية وتفسير بدو الصلاح أنهم لا يقيمون للأوصاف وزنا كما هو الحال عند الأئمة الثلاثة. وهذا يعنى أنهم توقفوا عند المعنى اللغوى للكلمة. ولعلمهم رأوا أن التفسيرات الواردة فى الأحاديث هى من أقوال الصحابة لا من قول رسول الله - ﷺ - . لكن يعكز على هذا أن فى بعض روايات حديث أنس كما عند النسائى: التصريح برفع التفسير إلى

(١) شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٨٩ ونقله الشلى فى حاشيته عن الفتح ، حاشية الشلى على تبين الحقائق ج٤ ص ١٢ .

(٢) مجمع الأنهر ج٢ ص ١٧ «وعند الشافعى ظهور النضج ومبادئ الحلاوة» نفس المرجع .

(٣) حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٣٩ .

(٤) الهداية وشرح العناية وشرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩٠ ، ٤٩١ ، تبين الحقائق وحاشية الشلى ج٤ ص ١٢ ، الدر المنتقى ومجمع الأنهر ج٢ ص ١٧ ، ١٨ ، بدائع الصنائع ج٥ ص ١٧٣ ، الدر المختار مع ابن عابدين ج٤ ص ٤١ ، الاختيار ج٢ ص ٦ ، أما عن حكم الزيادة والتصدق بها فقد مر فى الفصل الثانى فى الأثر المترتب على صحة البيع إذا وقع على القطع ولم يقطع المشتري ، ص ١٨٩ .

رسول الله - ﷺ - ^(١) فيكون الراوي رفعه مرة ، ولم يرفعه في الأخرى اعتماداً على ما سمعه.

الاتجاه السادس: وهو للجمهور. المالكية في مشهورهم ، والشافعية ، والحنابلة ، والظاهرية ، والاباضية ، وهؤلاء قالوا: أن بدو الصلاح في الثمر والزرع يحصل بوصف زائد جاءت به السنة المشرفة. فيكون بدو صلاح كل شيء بحسبه. ففي الثمار ظهور اللون فيما يتلون ، وظهور الحلاوة واستطابة الأكل فيما لا يتلون ، وفي الزرع باشتداد جبه ^(٢). وكما قال ابن رشد «وبالجملة أن تظهر في الثمر صفة الطيب. هذا قول جماعة فقهاء الأمصار» ^(٣).

ويقول ابن قدامة «... وما قلنا في هذا الفصل فهو قول مالك والشافعي وكثير من أهل العلم أو مقارب له» ^(٤) وإليك التفصيل.

مذهب المالكية:

المشهور عن الامام مالك ^(٥) ومشى عليه فقهاء المذهب وشراحه أن بدو الصلاح يختلف باختلاف الثمرة. فصلاحي كل شيء بحسبه.

ففي الرطب أن يحمر أو يصفر ، وفي العنب أن يسود إن كان مما يسود وتبدو الحلاوة فيه ، وفي سائر الفواكه والبقول أن تطيب للأكل ، وفي الزرع أن يبس ويشتد ^(٦). واشتداد الحب عند مالك: قوته وصلابته. وقال في

(١) سبل السلام ج٣ ص ٤٧.

(٢) أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٤.

(٣) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٩.

(٤) المغنى ج٤ ص ٢٢٤ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٣٠٧ ، ٣٠٨.

(٥) سبق في الاتجاه الثاني والثالث قولين للمالكية ، والمذكور هنا هو المشهور.

(٦) في القوانين ص ٢٢٤ «وبدو الصلاح مختلف فيه. ففي الثمر أن يحمر ويصفر ، وفي

العنب أن يسود وتبدو الحلاوة فيه ، وفي سائر الفواكه والبقول أن تطيب للأكل. (=)

العنب: فانه إذا اسود ينجو من العاهة والآفة^(١) وبالجملة كما قال ابن رشد فى الثمر: أن تظهر فى الثمر صفة الطيب وهو قول جماعة فقهاء الأمصار ، والمشهور عن مالك^(٢).

ولشرح خليل تفصيل تذكره ، ونبادر إلى القول بأن ما سنذكره ليس على سبيل الحصر ، وإنما يقاس عليه كما صرح بذلك الخرشي وغيره.

١- ما يكون بدو صلاحه بالزهو^(٣) كالبلح ، فبدو صلاحه احمراره واصفراره فيما يحمر أو يصفر. وفى البلح الخضراوي بما يكون فى حكم الزهو ، وهي الحلاوة أي فيكفى ظهور الحلاوة فى البلح الخضراوي لكونه دائماً أخضر.

٢- ما يكون بدو صلاحه بظهور الحلاوة. وهو فى غير البلح كالعنب والتين والمشمش ونحوها ، وفى العنب الذي يسود بالسواد. وقصب السكر بظهور حلاوته.

(=) وفى الزرع أن يبس ويشد ، وفى الشرح الصغير ج٤ ص ٣١٤ «وفى الحب يبسه: المراد به غاية الافراك وبلوغه حدا لا يكبر بعده عادة».

(١) يقول الشوكاني نقلاً عن موطأ مالك «واشتداد الحب: قوته وصلابته كما لمالك فى الموطأ -وقوله فى العنب: حتى يسود: زاد مالك فى الموطأ فانه إذا اسود ينجو من العاهة والآفة» نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٠ ، وانظر شرح مسلم للنووي ج١٠ ص ١٩٤ ، ١٩٥.

(٢) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ ، وفى كفاية الطالب ج٢ ص ١٤٨ «بدو صلاح الثمر جاء مفسراً فى الحديث بأن يحمر أو يصفر ، وبدو صلاح الحب أن يبس» قال الصعیدی فى حاشيته على كفاية الطالب السابق عند قوله «بدو صلاح الحب أن يبس»: فلو عقد عليه فريكا ففسخ إلا أن يموت بقبضه بعد جذه» والمعنى أن الزرع كالقمح والشعير ونحوهما إذا بيع مع سنبله بعد إفراكه وقبل يبسه فان بيع بشرط القطع جاز البيع ، وإن بيع على التبقية أو على الإطلاق لم يجز البيع وفسخ فان لم يفسخ حتى تم قبضه وقبضه حصاده - مضى البيع مراعاة للخلاف ، وقد سبق بيان هذه المسألة فى المبحث السابق.

(٣) قال العدوي «فائدة: الزهو بعد البسر عند أكثر أهل اللغة ، وقبله عند الفقهاء كما قاله البدرى» حاشية العدوي على الخرشي ج٥ ص ١٨٦ مجلد / ٣.

٣- ما يكون بدو صلاحه بالتهيؤ للنضج بأن يكون إذا قطع لا يفسد بل يميل إلى الصلاح كالمرز لأنه من شأنه أنه لا يطيب حتى يدفن في التبن أو النخالة.

٤- ما يكون بدو صلاحه بانفتاحه كالورد والياسمين وما أشبه ذلك مما ثمرته النور ، فبدو صلاح صاحب النور أن تنفتح أكامه ويظهر نوره^(١) أي يظهر ورقه منها. والمراد انفتاح بعضه لأنه يتلاحق.

٥- ما يكون بدو صلاحه باطعامه أي الانتفاع به في الحال ، أي بلوغه حد الاطعام كالبقول نحو الفجل والكراث والجزر. وزاد البعض أن ذلك يحصل باستقلال ورقه وقامه بحيث لم يكن في قلعه فساد. قال الباجي: والصلاح في المغيبة في الأرض كاللفت والجزر والفجل والبصل إذا استقل ورقه وتم وانتفع به ولم يكن في قلعه فساد. وعبارة التثاني كما في حاشية الصعيدي: باطعامها واستقلال ورقها إلى حالة يعرفونها تصلح للقطع ، قال العدوي معلقا على هذا: وظاهر المواق وغيره أن ذلك معنى اطعامها إلا أن يقال: لا يلزم من الاطعام أن لا يكون في قلعه فساد كجزر وفجل صغيرين كذا في شرح عبد الباقي. قال العدوي: والحاصل أن قوله: وانتفع به يرجع لقول خليل «وفي البقول باطعامها» فيكون الزائد قوله: وتم أو استقل ورقه أي بأن ارتفع عن الأرض إذا كان ينتفع به ولو لم يرتفع عن الأرض ، والتسام غير الاستقلال لأنه لا يلزم من استقلال ورقه أن يتم ورقه بأن يبلغ الحد المعتاد. وأما قوله: ولم يكن في قلعه فساد - لازم لما قبله فلا حاجة إليه. ومثل البقول: القثاء والخيار فبدو صلاحهما بلوغهما حد الاطعام كما في الشرح الصغير.

(١) الكمام جمع كم بالكسر وعاء الطلع وغطاء النور ، وجمع الجمع أكام . والنور: الورق المخصوص الذي يكون في الورد ، ويخرج منه الماء. شرح الخرشى وحاشية العدوي ج٥ ص ١٨٦ مجلد ٣. والنور هو المعروف بالزهر.

٦- واختلف فى بدو صلاح البطيخ المعروف بالعبد لاوي^(١) والقاون. على قولين. الأول لابن حبيب يكون بالاصفرار. والثانى لاصبغ يكون بالتهيؤ للاصفرار أي بالقرب منه. ففى الجواهر « وهل بدو الصلاح فى البطيخ الاصفرار بالفعل أو التهيؤ للتبطخ بقربه من الاصفرار؟ فى الجواب قولان. الأول لابن حبيب والثانى لاصبغ ». وأما البطيخ الأخضر فبدخول الحلاوة فيه وتلون ليه بالحمرة أو السواد.

٧- ما يكون بدو صلاحه باليبس كالزروع نحو البر والشعير والفول والجلبان والحمص وغيرها من الحبوب. وكذلك الجوز واللوز والبندق والفستق. والمراد كما فى الشرح الصغير وغيره: غاية الافراك وبلوغه حدا لا يكبر بعده عادة.

٨- ما يكون بدو صلاحه ببلوغه أن يرعى كالقرط والبرسيم فبدو صلاحه أن يرعى دون فساد ، وهكذا فى سائر المراعى.

٩- ما يكون بدو صلاحه بانعقاده ووجود طعم له ، كالقشاء والفقوس والخيار والقرع والبادنجان^(٢).

(١) لعله المعروف فى مصر بالشمام ونحوه.

(٢) هذا هو ما فى كتب المالكية والنصوص كثيرة نختار منها ما قاله التتائى كما فى حاشية الصعبدى على كفاية الطالب ج٢ ص ١٤٨ « ... ويقوم مقام الاحمرار والاصفرار ، ظهور الحلاوة فى البلح الخضراوى ، وأما بدوه فى نحو العنب والتين والمشمش فظهور الحلاوة ، وفى الموز بالتهيؤ للنضج. وفى ذى النور بانفتاحه كالورد والياسمين. وفى البقول واللفت والجزر والفجل والبصل باطعامها واستقلال ورقها إلى حالة يعرفونها تصلح للقطع ، وأما البطيخ المعروف بالعبد لاوي والقاون فقبل بالاصفرار وقبل بالتهيؤ له ، وأما الأخضر فبتلون ليه بالسواد والحمرة ، وقصب السكر فبظهور حلاوته ، وأما الجوز واللوز فبأخذه فى اليبس ، وأما القرط والبرسيم فاذا بلغ أن يرعى دون فساد ، وأما الفقوس والخيار ونحوهما فبانعقاده ».

ويذكر الدسوقى عن العدوى ما تركه الدردير كقصب السكر ، والحب ، والمراعى « وحاصل ما فى ذلك أن بدو الصلاح فى قصب السكر بطيبه بحيث لم يكن فى قلعه فساد ، والبر والفول والجلبان والحمص وغيرها من الحبوب بدو صلاحها باليبس وكذلك الجوز واللوز (=)

مذهب الشافعية:

قال فى الحاوي «وجملة القول فى بدو الصلاح: أن تنتهى الثمرة أو بعضها إلى أدنى أحوال كما لها فتنجو من العاهة . والله أعلم» وللشافعية وراء ذلك تفصيل نذكره. فمذهب الشافعي وأصحابه رحمهم الله: أن بدو الصلاح يختلف باختلاف الأجناس ، فبدو الصلاح فى النخل بالاحمرار والاصفرار ، وفى الكرم بالتموه إلى الحمرة أو السواد. قال فى الحاوي «واعلم أن بدو الصلاح قد يختلف بحسب اختلاف الثمار وجملتها أنها على ثمانية أقسام»^(١).

أحدها: ما يكون بدو الصلاح فيه باللون. وذلك فى النخل بالاحمرار والاصفرار ، وفى الكرم بالحمرة والسواد ، والصفاء والبياض. فأما الفواكة المتلونة ، فمنها ما يكون صلاحه بالصفرة كالشمش ، ومنها ما يكون بالحمرة

(=) والبنق والفسق ، وأما القرط والبرسيم فيبدو صلاحه أن يرى دون فساد ، وبدو الصلاح فى القثاء والفقوس والخيار أن يتعقد ويوجد له طعم وكذلك القرع والباذنجان أ.هـ. شيخنا العدوى حاشية الدسوقي ج ٢ ص ١٧٨ ، وانظر. شرح الحرشى وحاشية العدوى ج ٥ ص ١٨٦ مجلد / ٣ . جواهر الاكليل ج ٢ ص ٦٠ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوى ج ٤ ص ٣١٣ ، ٣١٤ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج ٢ ص ١٧٦ ، ١٧٨ . وينقل أطفيش الاباضى مذهب المالكية فيقول «قال بعضهم: بدو الصلاح فى كل شئ بحسبه . وفى النخل بالاحمرار والاصفرار وظهور الحلاوة ، وفى غيره بظهورها ، وفى الموز بأن لا يفسد إذا نزع وادخر ، وفى الورد والياسمين بظهور نورهما وانتفاخ أكمامها ، وفى البقول بالانتفاخ بها فى الحال ، والسكر بقلب ورقه ، والجوز واللوز والفسق بالأخذ فى البس كالقمح والشعير والبقول والحمص والعدس ونحوهن ، والقثاء والخيار بالانعقاد ، والبطيخ بالاصفرار لأنه الغرض المقصود منه ، وهو قول ابن حبيب المالكي ، أو التهيز للتبطخ ، وهو قول إصبع المالكي» شرح النيل ج ٨ ص ١٠٤ ، ١٠٥.

(١) الحاوى الكبير ج ٦ ص ٢٣٢ ، ٢٣٣ ، ٢٣٤ ونقلها الشروانى عن الماوردي ، وقلبيوى ، والرملى فى حاشيته على الأسنى عن الماوردي والرويانى. وذكر السبكى أيضا فى تكملة. انظر حاشية الشروانى على التحفة ج ٤ ص ٤٦٦ ، حاشية قليوبى على شرح المحلى ج ٢ ص ٢٣٦ ، حاشية الرملى على الأسنى ج ٢ ص ١٠٤ ، تكملة المجموع للسبكى ج ١١ ص ٤٤٩ ، ٤٥٠ ، مختصر المزنى ج ٨ ص ١١٧.

كالعنب ، ومنها ما يكون بالسواد كالإجاص^(١) ومنها ما يكون بالبياض كالتفاح^(٢). والعمراني في البيان ، وابن الصباغ في الشامل جعل التفاح مما لا يتلون^(٣) ولعله راجع إلى اختلاف أنواع التفاح فإن منه ما يتلون كما هو مشاهد. أو كما يقول الباجوري: أي لا ينتقل من لونه إلى لون آخر فلا ينافي أن له لونا ولذلك مثلوه بالعنب الأبيض فعلمة بدو صلاحه لينه وجريان الماء فيه^(٤).

القسم الثاني: ما يكون بدو صلاحه بالطعم فمنه ما يكون بالحلاوة كقصب السكر ، ومنه ما يكون بالحموضة كالرمان ، فاذا زالت عنه المرارة بالحلاوة أو الحموضة فقد بدا صلاحه.

القسم الثالث: ما يكون بدو صلاحه بالنضج واللين ، كالتين والبطيخ^(٥) فاذا لانت صلابته فقد بدا صلاحه^(٦).

(١) الإجاص بكسر الهمزة وتسديد الجيم المفتوحة: دخيل لأن الجيم والصاد لا يجتمعان في كلمة واحدة من كلام العرب. الواحدة «إجاصة» ولا تقل إنجاص. مختار الصحاح ص ١٢ باب الهمزة ، وفي المصباح ج ١ ص ٦ كتاب الألف «الاجاص: مشدد معروف الواحدة «إجاصه» وهو معرب لأن الجيم والصاد لا يجتمعان في كلمة عربية» قال المحقق بالهامش: وفي القاموس: الاجاص: الشمس والكثري بلفظ الشاميين.

(٢) الحاوي الكبير ج ٦ ص ٢٣٤ ولاحظ المصادر المذكورة معه بهامش سابق.

(٣) البيان ص ١٥٥ ، ١٥٦ ، الشامل ص ٢٩١.

(٤) حاشية الباجوري ج ١ ص ٣٥٠.

(٥) قال الشافعي في الأم ج ٣ ص ٤٩ مجلد ٢ «فأما بيع الخريز -البطيخ- إذا بدا صلاحه فللخريز نضج كنضج الرطب فاذا روى ذلك فيه جاز بيع خريزه في تلك الحال» ونقله العمراني في البيان ص ١٥٦.

(٦) الحاوي الكبير ج ٦ ص ٢٣٤ ، حاشية الشرواني ج ٤ ص ٤٦٦ ، حاشية قليوبي ج ٢ ص ٢٣٦ ، حاشية الرملي ج ٢ ص ١٠٤ ، تكملة المجموع ج ١١ ص ٤٤٩ ، ٤٥٠ ، وفي الشامل ص ٢٩١ «فإن كانت الثمرة مما تحمر أو تصفر أو تسود فهدو الصلاح أن يحصل فيها الحمرة أو السواد أو الصفرة ، وإن كانت مما تبيض فبأن يتموه وهو أن يبدو فيها الماء الحلو ويصفر لونه ، وإن كان مما لا يتلون مثل التفاح فبأن يحلو أو يطيب أكله» وفي البيان ص ١٥٥ ، ١٥٦ «بدو الصلاح: هو تغير الثمرة باحمرار أو إصفرار إن (=)

ويذكر شراح منهاج الطالبين أن المدار في بدو صلاح الثمار: هو التهيؤ لما هو المقصود منها وإلا فالليمون مما يتلون مع أن المقصود منه يحصل قبله. قال في المنهاج «وبدو صلاح الثمر ظهور مبادئ النضج والحلاوة فيما لا يتلون» قال الهيثمي «بأن يتموه»^(١) ويلين أي يصفو ويجرى الماء فيه «قال في المنهاج» وفي غيره بأن يأخذ في الحمرة أو السواد «قال الهيثمي» وفي غيره ، وهو ما يتلون بدو صلاحه بأن يأخذ في الحمرة أو السواد أو الصفرة «فالمدار على التهيؤ لما هو المقصود منه فيدخل الليمون قبل تلونه. قال الهيثمي «نعم يؤخذ مما قرره أن المدار على التهيؤ لما هو المقصود منه أن نحو الليمون مما يؤخذ قموه لمقصود منه قبل صفوته يكون مستثنى مما ذكر في المتلون»^(٢) ذكره أيضا المحلى في شرحه^(٣) ويذكر الامام النووي

(=) كانت مما تتغير ... فإذا كانت الثمرة رطبا فبدو الصلاح فيها أن يصفر أو يحمر. فان كان عنبا أسود فبدو صلاحه أن يسود ، وإن كان أبيض فبأن يتموه ، وهو أن تهدو فيه الحلاوة ويصفر لونه ، وإن كان مما لا يتلون مثل التفاح فبأن يحلو ويطيب أكله» وفي المذهب ج١ ص ٢٨١ «وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب أكلها فان كان رطبا بأن يحمر أو يصفر ، وإن كان عنبا أسود بأن يتموه ، وإن كان أبيض بأن يرق ويحلو» وفي الأسنى ج٢ ص ١٠٤ «بدو الصلاح في الأشياء صيرورتها إلى الصفة التي تطلب فيها غالبا. ففي الثمار ظهور أول الحلاوة ، ففي غير المتلون أن يتموه ويلين ، وفي المتلون بانقلاب اللون كأن أحمر ، أو أصفر ، أو إسود . وفي نحو القثاء بأن يجنى مثله غالبا للأكل وفي الحبوب باشتدادها. وفي ورق الفرصاد ، وهو الثوت الأحمر بتناهيته والظاهر أن المراد به هنا الأبيض لأنه الذي يباع لتربية دود القز».

وفي مختصر المزني ج٨ ص ١١٧ «قال الشافعي رحمه الله: وإذا أذن - عذ - في بيعه إذا صار أحمر أو أصفر ، فقد أذن فيه إذا بدا فيه النضج ، واستطيع أكله خارجا من أن يكون كله بلحا وصار عامته في تلك الحال يمتنع في الظاهر من العاهة ، لفظ نواته في عامته وسره» وانظر الأم ج٣ ص ٤٨ مجلد / ٢.

(١) قوله: بأن يتموه. له تأويلان. أحدهما: حتى تدور فيه الحلاوة ، مأخوذة من الماء اللين أصله ماء. والثاني: معناه يبدو فيه الصفرة من موته القضة إذا صفرتها بالذهب. النظم المستعذب ج١ ص ٢٨١.

(٢) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٦.

(٣) في شرح المحلى على المنهاج «وبدو صلاح الثمر ظهور مبادئ النضج والحلاوة فيما لا يتلون منه بأن يتموه ويلين كما في المحرر وغيره. وفي تكملة الصحاح للصفاني: (=)

فى الروضة أن هذه الأوصاف وإن عرف بها بدو الصلاح فليس واحدا منها شرطا فيه لأن القشاء لا يتصور فيه شيء منها وكذا الزرع^(١)، كما يذكر المتولى فى التتمة أن تمام الإدراك فيه ليس بشرط^(٢) ويقول النووى عند حديث جابر بن عبد الله الذى فيه «حتى تشقح» أو حتى «تشقه»: وقد فسر الراوى: الاشقاء والاشقاح بالاحمرار والاصفرار. ثم قال: قال أهل اللغة: ولا يشترط فى ذلك حقيقة الاصفرار والاحمرار بل ينطلق عليه هذا الاسم إذا تغير يسيراً إلى الحمرة أو الصفرة. قال الخطابى: الشققة لون غير خالص الحمرة أو الصفرة بل هو تغير إليهما فى كمودة^(٣)، فليست حقيقة اللون شرط وإنما يكفى التغير اليسير إليه وذلك يكون أول النضج.

(=) ثمرة النخل والعنب إذا امتلأ ماء وتهاى للنضج «وفى غيره» وهو ما يتلون أى بدو الصلاح فيه بأن يأخذ فى الحمرة أو السواد، أو الصفرة كالبطح والعناب والاجاص بكسر الهمزة وتشديد الجيم والمشمش» شرح جلال المحلى على منهاج الطالبين للنووى ج ٢ ص ٢٣٥ قال قلىوبى «حاصل ما ذكره المصنف والشارح أربعة أنواع من ثمانية ذكرها الماوردي كغيره بقوله ...» وعلق قلىوبى على قول جلال المحلى «كالبطح والعناب والاجاص» فقال: قول الشارح: كالبطح ... الخ، هو على اللف والنشر المرتب فالبطح والعناب والحمرة، والاجاص للسواد، والمشمش للصفرة. وقيل: البطح مثال للجميع ولا مانع منه، والأول أقعد. حاشية قلىوبى على شرح المحلى السابق ص ٢٣٧. وعلق عميرة على قول المحلى «كما فى المحرر وغيره» فقال «الذى فى المحرر وغيره أن بدو الصلاح يحصل مبادئ النضج بالضم والفتح مصدر نضج بالكسر - والحلاوة، غير أن تلك المبادئ تكون فيما لا يتلون بأن يتموه ويلين، وفيما يتلون بأن يأخذ فى الحمرة أو السواد مثلاً. وصنيع المنهاج مخالف لذلك فانه جعل ظهور مبادئ النضج والحلاوة قسيما للتلون» حاشية عميرة ولاحظ معها حاشية قلىوبى ج ٢ ص ٢٣٦.

(١) جاء فى الروضة ج ٣ ص ١١٢ «فرع: يحصل بدو الصلاح بظهور النضج ومبادئ الحلاوة وزوال العفوصة أو الحموضة المفرطتين وذلك فيما لا يتلون بأن يتموه ويلين، وفيما يتلون بأن يحمر أو يصفر أو يسود. وهذه الأوصاف وإن عرف بها بدو الصلاح فليس واحد منها شرطا فيه لأن القشاء لا يتصور فيه شئ منها ... وكذا الزرع لا يتصور فيه شئ منها».

(٢) فى تتمة الابانة ج ٤ ورقة ١٦٥ «بدو الصلاح عبارة عن حصولها على حال يستطاب أكلها وذلك بظهور اللون فيها إن كان لها لون فيحمر أو يصفر ... وإن لم يكن للثمرة لون مثل العنب الأبيض فبأن يصفر لونه ويتموه ويلين، فأما تمام الإدراك فيه ليس بشرط» وانظر مختصر المزنى ج ٨ ص ١١٧، ١١٨.

(٣) شرح مسلم للنووى ج ١٠ ص ١٩٤، ١٩٥، انظر نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٠.

القسم الرابع: وهو ما يكون بدو صلاحه بالقوة والاشتداد ، وهي الزروع كالبر والشعير ، فاذا بدت قوته واشتد فقد بدا صلاحه^(١). يقول النووي عند حديث أنس في قوله - عنه - «عن بيع السنبل حتى يبيض»: معناه يشتد حبه وهو بدو صلاحه^(٢) وفي التحفة «ويدوه في غير الثمرة باشتداد الحب بأن يتهيأ لما هو المقصود منه»^(٣) وفي شرح المحلى «وغير الثمر بدو صلاح الحب منه اشتداده» قال قليوبى: عدل عن أن يقول: بدو صلاحه باشتداد حبه لأن غير الثمر يعم ما لا حب له^(٤). ويقول الشيرازي «وإن كان زرعاً بأن يشتد»^(٥) وفي الروضة «وكذا الزرع ... وبدو صلاحه باشتداد الحب»^(٦) ويقول الباجوري «وفي الزرع اشتداده»^(٧).

القسم الخامس: ما يكون بدو صلاحه بالطول والامتلاء ، كالعلف ، والبقول ، والقصب^(٨) فاذا تنهى طوله وامتلاؤه إلى الحد الذي يجزّ عليه فقد بدا صلاحه^(٩).

قال الشروانى «والمراد ببدا صلاح البقل طوله كما قاله الماوردي»^(١٠).

(١) الحارثي الكبير ج٦ ص ٢٣٤ ، تكملة المجموع للسبكي ج١١ ص ٤٤٩ ، ٤٥٠ ، حاشية الشروانى ج٤ ص ٤٦٦ ، حاشية قليوبى ج٢ ص ٢٣٦ ، حاشية الرملى ج٢ ص ١٠٤.

(٢) شرح مسلم للنووي ج١٠ ص ١٧٩ ، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٠.

(٣) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٦.

(٤) شرح المحلى وحاشية قليوبى ج٢ ص ٢٣٦ ، ٢٣٧.

(٥) المهذب ج١ ص ٢٨١.

(٦) روضة الطالبين ج٣ ص ١١٢.

(٧) حاشية الباجورى ج١ ص ٣٥٠ ، وفي الأسنى ج٢ ص ١٠٤ «وفي الحبوب باشتدادها».

(٨) المراد بالقصب هنا: هو البوص ، وهذا بخلاف القصب الحلوق قد مرّ بدو صلاحه.

(٩) الحارثي الكبير ج٦ ص ٢٣٤ ، تكملة المجموع ج١١ ص ٤٤٩ ، ٤٥٠ ، حاشية الشروانى ج٤ ص ٤٦٦ وحاشية قليوبى ج٢ ص ٢٣٦ ، حاشية الرملى ج٢ ص ١٠٤.

(١٠) الشروانى السابق ص ٤٦٣.

القسم السادس: ما يكون بدو صلاحه بالعظم والكبر كالقشاء والخيار والبادنجان.

قال الشافعى رحمه الله «والقشاء يؤكل صفارا طيبا» يريد: أنه يخالف الثمار كلها التى لا يطيب أكلها إلا بعد بدو صلاحها ، والقشاء يطيب أكله صفارا قبل بدو صلاحه ، ولا يكون استطابة أكله صلاحا له حتى يتناهى كبره وعظمه. لأنه عند كبره ينجو من العاهة فلا وجه لانكار محمد بن داود^(١) على الشافعى قوله: إن القشاء يؤكل صفارا طيبا ، وإن ذلك اخبار عن المحسوسات لما بينا من قصد الشافعى به^(٢).

وفى هذا يقول فى البيان «والقشاء يؤكل صفارا طيبا فبدو صلاحه أن يتناهى عظمه أو عظم بعضه. فاعترض ابن داود على الشافعى وقال: علمنا الشافعى رحمه الله: أن القشاء يؤكل صفارا وذلك بدرك بالمشاهدة. وقوله «أنه طيب» يدل أنه كان يحب القشاء.

والجواب: أن الشافعى رحمه الله لم يرد هذا وإنما أراد أن يبين بهذا أن كل ثمرة فى الدنيا إذا طاب أكلها فقد بدا صلاحها إلا القشاء فإنه يؤكل صفارا طيبا وليس ذلك بدو صلاحه وإنما يشترط كبره بحيث يؤخذ فى العادة ويؤكل ويبلغ إلى الحد الذى لو زاد عليه لفسد^(٣) وذكر مثله ابن الصباغ فى الشامل^(٤).

(١) هو أبو بكر محمد بن داود بن محمد المروزي المعروف بالصيلانى ، كان اماما فى الفقه والحديث له شرح على مختصر المزنى وهو تلميذ أبى بكر النقال المروزي توفى بعد النقال المتوفى سنة «١٤١٧هـ» بنحو عشر سنين ، الطبقات الكبرى للشافعية ج٤ ص ١٤٨ ، ١٤٩ ، طبقات ابن هداية الله ص ٢٣٠.

(٢) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٣٤ ، تكملة المجموع ج١١ ص ٤٤٩ ، ٤٥٠ ، حاشية الشروانى ج٤ ص ٤٤٦ ، حاشية قليوبى ج٢ ص ٢٣٦ ، حاشية الرملى ج٢ ص ١٠٤.

(٣) البيان ص ١٥٦.

(٤) فى الشامل ص ٢٩١ «وإن كان مثل القشاء والخيار الذى لا يتغير لونه ولا طعمه فإنه (=)

القسم السابع: ما يكون بدو صلاحه بانشقاق كمامه كالقطن والجوز،
فاذا انشق جوز القطن ، وسقطت القشرة العليا عن جوز الأكل. فقد بدا
صلاحه^(١).

القسم الثامن: ما يكون بدو صلاحه بانفتاحه وانقشاره كالورد ،
فاذا انفتح القسم المنضم منه وانقشر فقد بدا صلاحه. وورق التوت فبدو
صلاحه بأن يصير كأرجل البط هكذا قال عطاء والنخعي كما في الحاوي^(٢)
وعبارة الرملی «ما يكون بدو صلاحه بانفتاحه كالورد ، وورق التوت. وضبط
الصيمري بدو صلاح ورق التوت بأن يفتح كأرجل البط»^(٣) وفي الأسنى
«وفي ورق الفرصاد ، وهو التوت الأحمر بتناهيه ، والظاهر أن المراد به هنا
الأبيض لأنه الذي يباع لتربية دود القز»^(٤).

وقال قليوبی أن مالا كمام له كالياسمين فبدو صلاحه بظهوره ، ويمكن
دخوله في القسم الثامن «أي يبقى منها مالا كمام له كالياسمين فبظهوره

(=) يؤكل صفارا طيبا فبأن يتناهى عظمه أو عظم بعضه. وحكى أن أبا بكر بن داود
اعترض على قول الشافعى رضى الله عنه: والقشاء يؤكل صفارا طيبا وقال: كان
الشافعى رضى الله عنه: يحب القشاء ، وخفى عليه مراده ، وإنما أراد أن يبين أن طيبه
ليس هو بدو الصلاح فيه بخلاف غيره من الثمار ونص الشافعى فى الأم «وأما القشاء
فيؤكل صفارا طيبا فبدو صلاحه أن يتناهى عظمه ...» الأم ج ٢ ص ٤٩ ، وفى الروضة
ج ٢ ص ١١٢ «القشاء يستطاب أكله صغيرا وكبيرا وإنما بدو صلاحه أن يكبر بحيث
يجنى فى الغالب ويؤكل وإنما يؤكل فى الصغر على الندور» ، وانظر. تحفة المحتاج ج ٤
ص ٤٦٦ ، شرح جلال المحلى ج ٢ ص ٢٣٦ ، المهذب ج ١ ص ٢٨١ ، حاشية الباجورى
ج ١ ص ٢٥٠ ، أسنى المطالب ج ٢ ص ١٠٤.

(١) الحاوى الكبير ج ٦ ص ٢٣٤ ، حاشية الشروانى ج ٤ ص ٤٦٦ ، حاشية قليوبی ج ٢ ص
٢٣٦ ، حاشية الرملی ج ٢ ص ١٠٤ ، تكملة المجموع للسبكي ج ١١ ص ٤٥٠.

(٢) المصادر السابقة ، حاشية الباجورى ج ١ ص ٣٥٠.

(٣) حاشية الرملی على الأسن» ج ٢ ص ١٠٤.

(٤) أسنى المطالب السابق ، وفى روضة الطالبين ج ٣ ص ١١٢ «قال صاحب التهذيب: بيع
أوراق الفرصاد قبل تناهيها لا يجوز إلا بشرط القطع وبعدة يجوز مطلقا وبشرط القطع».

ويمكن دخوله فى الأخير»^(١).

ضابط بدو الصلاح عند الشافعية :

يقول الماردي «وجملة القول فى بدو الصلاح: أن تنتهى الثمرة أو بعضها إلى أدنى أحوال كما لها فتنبو من العاهة»^(٢) ويقول الشيخ زكريا «بدو الصلاح فى الأشياء صيرورتها إلى الصفة التى تطلب فيها غالبا»^(٣) ويذكر الباجورى ضابط بدو الصلاح فى الثمر فيقول «وضابطه : وصولها إلى حالة تطلب فيها غالبا للأكل» ثم يذكر ضابط بدو صلاح الشئ مطلقا فيقول «وأما بدو صلاح الشئ مطلقا ثمرًا كان أو غيره فهو بلوغه حالة يطلب فيها غالبا للارتفاع به ففى الثمر ما ذكره الشارح»^(٤)، ويقول قليوبى بعد ذكره الأقسام التى نقلها عن الماردي «والضابط لذلك كله أن يقال: هو بلوغ الشئ إلى حالة يطلب فيها غالبا»^(٥) وقد اعترض الشروانى على الضابط لبدا الصلاح فى الأشياء مطلقا فقال عند قول الهيثمى

(١) حاشية قليوبى ج ٢ ص ٢٣٦.

(٢) الحارثى الكبير ج ٦ ص ٢٣٤.

(٣) أسنى المطالب ج ٢ ص ١٠٤.

(٤) يعنى ابن قاسم الذى قال فى شرحه «بعد بدو أي ظهور صلاحها ، وهو فيما لا يتلون انتها . حالها إلى ما يقصد منها غالبا كعلاوة قصب وحموضة رمان ولين تين . وفيما يتلون بأن يأخذ فى حمرة أو سواد أو صفرة كالعنب والاجاص والبلح» قال الباجورى: «قوله فيما لا يتلون» أى لا ينتقل من لون إلى لون آخر فلا ينافى أن له لونا ولذلك مثله بالعنب الأبيض فعلاوة بدو صلاحه لينة وجريان الماء فيه . «قوله: وحموضة رمان» أى فى الحامض منه ، وأما الحلو منه فتعتبر حلاوته «قوله: فيما يتلون» أى ينتقل من لون إلى آخر . قوله: كالعنب راجع للحمرة ، وقوله: كالاجاص راجع للسواد ، وقوله: والبلح راجع للصفرة باعتبار بعض أنواعه وإلا فيصح رجوعه لكل لأن منه الأحمر والأسود والأصفر وغيرها . ثم قال الباجورى: وضابطه: وصولها إلى حالة تطلب فيها غالبا للأكل ، وأما بدو صلاح الشئ مطلقا ثمرًا كان أو غيره فهو بلوغه حالة يطلب فيها غالبا للارتفاع به ففى الثمرة ما ذكره الشارح . حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ج ١ ص ٣٥٠.

(٥) حاشية قليوبى ج ٢ ص ٢٣٦.

«والضابط: بلوغه صفة يطلب فيها غالبا»: أي ضابط بدو صلاح الثمر وغيره. ويردُّ على هذا الضابط نحو البقل فإنه لا يصح بيعه إلا بشرط القطع كما مرَّ ، مع أن الحالة التي وصل إليها يطلب فيها غالبا^(١).

أما ضابط بدو الصلاح في الثمر فقد نص عليه الشافعي في الأم ، أعنى وصولها إلى حالة تطلب فيها غالبا للأكل وهي أول النضج كظهور اللون فيما يتلون^(٢).

مذهب الحنابلة:

قال الخرقي: وبدو الصلاح في ثمر النخل أن يحمر أو يصفر ، وفي العنب أن يتموه ، وفي سائر الثمار أن يبدو فيه النضج ويطيب أكله أ.هـ.

(١) حاشية الشرواني ج٤ ص ٤٦٦ على تحفة المحتاج.

(٢) روى الربيع عن الشافعي بسنده عن ابن جريج أنه قال لعطاء: وكل ثمرة كذلك لاتباع حتى يؤكل منها؟ قال: نعم. قال ابن جريج: فقلت من عنب أو رمان أو فرسك؟ قال: نعم. قال ابن جريج فقلت له: أرايت إذا كان الشيء من ذلك يخلص ويتحول قبل أن يؤكل منه أيتباع قبل أن يؤكل منه؟ قال: لا ، لاشي حتى يؤكل منه ... ثم «قال الشافعي»: والسنة يكتفى بها من كل ما ذكر معها غيرها فإذا نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع الثمر إلى أن يخرج من أن يكون غضا كله فأذن فيه إذا صار منه أحمر أو أصفر فقد أذن فيه إذا بدا فيه النضج واستطيع أكله خارجا من أن يكون كله بلحا وصار عامته منه وتلك الحال التي أن يشتد اشتدادا يمنع في الظاهر من العادة لقلظ نواته في عامه وإن لم يبلغ ذلك منه مبلغ الشدة وإن لم يبلغ هذا الحد فكل ثمرة من أصل فهي مثله لاتخالفه إذا خرجت ثمرة واحدة يرى معها كشمرة النخل يبلغ أولها أن يرى فيه أول النضج حل بيع تلك الثمرة كلها ... الأم ج٣ ص ٤٨ مجلد ٢ باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار ، مختصر المزي ج٨ ص ١١٧ ، ١١٨ ، وفي موضع آخر في باب وقت بيع الفاكهة «قال الشافعي» رحمه الله: وقت بيع جميع ما يؤكل من ثمر الشجر أن يؤكل من أوله الشيء ويكون آخره قد قارب أوله كمقاربة ثمرة النخل بعضه لبعض فإذا كان هكذا حل بيع ثمرته الخارجة فيه مرة واحدة والشجر منه الثابت الأصل كالنخل لا يخالف في شيء منه إلا في شئين سأذكره يباع إذا طاب أوله: الكشمري والسفرجل والأترج ... الأم ج٣ ص ٦٥.

هذا هو الصحيح فى المذهب وعليه الأكثر^(١).

وللحنابلة تفصيل لا يختلف اختلافا جوهريا عما سبق عند المالكية والشافعية وبيانه كالآتى فى الثمر ، وهو ليس على الحصر وإنما يقاس عليه.

١- إن كان الثمر مما يتغير لونه عند صلاحه كثمر النخل والعنب غير الأبيض والإجاص فبدو صلاحه بلونه الذي ينتقل إليه. أما إن كان العنب أبيض فصلاحه بتموهه وهو أن يبدو فيه الماء الحلو ويلين ويصفو لونه.

٢- إن كان الثمر مما لا يتلون كالتفاح ونحوه فبأن يحلو ويطيب.

٣- إن كان بطيخا أو نحوه فبأن ينمو فيه النضج.

٤- إن كان مما لا يتغير لونه ويؤكل طيبا كالقشاء والخيار فصلاحه بلوغه أن يؤكل عادة. هذا هو الصحيح من المذهب وعليه الأكثر كما فى الانصاف. وقال القاضى وأصحاب الشافعى: بلوغه تناهى عظمه^(٢). وصح ابننا قدامة الأول. قالوا: وما قلناه أشبه بصلاحه مما قالوه ، فان بدو صلاح الشئ ابتداءه ، وتناهى عظمه آخر صلاحه ، ولأن بدو الصلاح فى الثمر يسبق حال الجذاذ فلا يجوز أن يجعل بدو صلاحه فيما يقاس عليه بسبقه قطعه عادة.

وفى هذا الصدد ذكر الزركشى تنبيها فقال «اختلف الأصحاب فيما يؤكل صفارا وكبارا ، كالقشاء ، والخيار ، ونحوهما. فقال القاضى وابن

(١) سبق فى الاتجاه الأول أن أبا البركات وتبعه جماعة ذهبوا إلى أن الضابط فى جميع الثمار أن يطيب أكلها ويذهب فيها النضج ويؤكل منها لافرق بين نخل أو كرم أو غيرها فلا يكفى ظهور اللون فيما يتلون بل لابد أن يؤكل منها قل أو كثر.

(٢) راجع مذهب الشافعية السابق.

عقيل: صلاحه تناهي عظمه. وقال أبو محمد^(١): أكله عادة ، وتوسط صاحب التلخيص فقال: صلاحه التقاطه عرفا ، وإن طاب أكله قبل ذلك».

٥- سائر الثمار غير ما تقدم بدو الصلاح فيها النضج وطيب الأكل ، كالرمان والمشمش والخروخ والجوز.

٦- بدو صلاح الزرع باشتداد حبه ، وكذلك جوز القطن وثمر الباذنجان^(٢).

قال ابننا قدامة «وما قلنا في هذا الفصل فهو قول مالك والشافعي وكثير من أهل العلم أو مقارب له»^(٣).

(١) هو ابن قدامة.

(٢) المغني ج٤ ص ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٤ ، الشرح الكبير ج٤ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، ص ٣٠١ ، ٣٠٨ ، شرح الزركشي ج٢ ص ٥٠٧ : ٥٠٩ ، في كشاف القناع ج٢ ص ٢٨٣ ، ٢٨٥ ، ٢٨٧ ، الروض المربع ج٢ ص ١٣٤ ، الانصاف ج٥ ص ٦٨ ، ٦٩ ، ٧٤ ، ص ٨٠ ، ٨١ ، أعلام الموقعين ج٤ ص ٣٢٥ .

(٣) راجع ما سبق في مذهب المالكية والشافعية ، وانظر المغني ج٤ ص ٢٢٤ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٣٠٧ ، ٣٠٨ ، وإليك بعض نصوص المناهضة. في كشاف القناع ج٢ ص ٢٨٧ «فصلاح ثمر النخل وهو البلح أن يحمر أو يصفر ، وصلاح العنب أن يتموه بالماء الحلو أي أن يصفر لونه ويظهر ماؤه وتذهب عفوصته من الخلوة. قاله في الحاشية. قال: فإن كان أبيض حسن قشره وضرب إلى البياض ، وإن كان أسود فحين يظهر فيه السواد وصلاح ما يظهر ثمره فمأ واحدا من سائر الثمرة كرممان ومشمش وخروخ وجوز أن يظهر فيه النضج ويطيب أكله لأنه - نضج - : نهى عن بيع الثمرة حتى تطيب - متفق عليه. وقال المجد وتبعه في الفروع وجماعة: بدو صلاح الثمر: أن يطيب أكله ويظهر نضجه. قال في الأنصاف: وهذا الضابط أولى. والظاهر: أنه مراد غيرهم وماذكروه علامة على هذا ، وجزم به في المنتهى. وصلاح ما يظهر فمأ بعد قم كقشأ. ونحوه: أن يؤكل عادة. وصلاح في حب: أن يشتد أو يبيض لأنه - نضج - جعل اشتداد الحب غاية لصحة بيعه كبدو الصلاح في الثمرة» كشاف القناع ج٢ ص ٢٨٧ ، وانظر الروض المربع وحاشية العنقري ج٢ ص ١٣٤ ، والانصاف ج٥ ص ٧٤ ، وفي ص ٨٠ ، ٨١ من الانصاف «وبدو الصلاح في ثمرة النخل: أن يحمر أو يصفر ، وفي العنب أن يتموه» قال المرداوي «وكذا قال كثير من الأصحاب. وقال المصنف في المغني والشرح وغيرهما: حكم ما يتغير لونه عند صلاحه كالاجاص، والعنب الأسود: حكم ثمرة النخل بأن يتغير لونه. وفي سائر (=)

مذهب الاباضية:

لا يبعد الاباضية في تفسيرهم لبدو الصلاح في الثمر والزرع عن الجمهور خاصة المالكية.

- ١- فبدو صلاح البلح بالزهو أي بالاحمرار أو الاصفرار ، والمراد الحمرة الواضحة والاصفرار الواضح.
- ٢- إن كان العنب مما يسود ، فبا سوداده وطيبه ، وإن كان مما لا يتلون فبطيبه.

٣- سائر الثمار بدو صلاحها بطيبها.

- ٤- بدو صلاح الزرع باشتداد حبه. وفي الايضاح بدو صلاح الزرع بادراكه وطيبه ، وادراكه أن يدخله الطعام قياسا علي بيع الثمرة^(١).

(=) الثمر: أن يبدو فيه النضج وطيب أكله. وقال صاحب المحرر -وتبعه في الفروع- وجماعة: بدو صلاح الثمر: أن يطيب أكله ويظهر نضجه. وهذا الضابط أولى. والظاهر:

أنه مراد غيرهم ، وما ذكره علامة على هذا. هذا حكم ما يظهر من الثمار فمأ واحدا ، وهذا بلا نزاع. فأما ما يظهر فمأ بعد فم- كالقثاء ، والخيار والبطيخ ، واليقطين -القرع- ونحوها فبدو الصلاح فيه: أن يؤكل عادة على الصحيح من المذهب وعليه أكثر الأصحاب واختاره المصنف -ابن قدامة- وغيره ، وقدمه في الفروع وغيره وقال القاضى وابن عقيل: صلاحه تنهى عظمه. وقال في التلخيص: صلاحه التقاطه عرفا وإن طاب أكله قبل ذلك.

فائدة: صلاح الحب: أن يشتد أو يبيض « هذا هو نص الانصاف في ج ٥ ص ٨٠ ، ٨١ ، ومثله في شرح الزركشي ج ٣ ص ٥٠٧ ، ٥٠٨ ، ٨٠٩.

(١) في النيل وشرحه عند البيوع المنهى عنها «... وعن بيع ثمرة وشرائها حتى «تزهو» أي تحمر أو تصفر «ويبدو» أي يظهر صلاحها بأن تدخلها الحلاوة وتخرج عما يصيب الثمار من الدمان -بالضم والكسر- وهو فساد الطلع وتعفته وسواده ، وقيل: فساد النخل قبل ادراكه ، ومن المراض -بالكسر- وقيل: بالضم وهوداء يقع في التمرة فتتهلك ، ومن القشام بالضم -وهو شين يصيبها حتى لا يربط ، وقيل: أن تنقص قبل أن تصير بلحا ، وقيل: أكال يقع فيها وعن نحو ذلك والمراد بالثمرة الجنس ، وعطف بدو الصلاح علي الزهر عطف لازم على ملزوم ، وذكر الزهر مغن « والمراد الحمرة الواضحة وكذلك (=)

والأفضل عند أطفيش فى البلح إذا صار بحيث لو انكسر العنق
أرطب ولم يحشف. وفى الموز إذا اختلفت أفلاجه ، وفى العنب الأبيض إذا
درج فيه الماء وصار غير حامض ، وفى الليمون إذا ذهب منه الشلخاخ ،
وذكّار النخل والشجر إذا كان يصلح للقاح^(١).

مذهب الظاهرية:

يرى ابن حزم الظاهري أن بدو الصلاح فى الثمار: هو الأمان من
العاهة كما هو المروى عن عبد الله بن عمر عند مسلم وغيره وفيه «فقليل
لابن عمر: ما صلاحه؟ قال: تذهب عاهته»^(٢)، قال أبو محمد «وهذا نص
قولنا»^(٣)، ثم إن أمان العاهة عنده فى الثمار تكون بالزهر فى النخل كما

(=) الاصفرار الواضح. يقول أطفيش «ولعل شيئا من الحمرة يعلو البلحة مطلقا ولو كانت بما
يصفر فتسمى زهوا ، وقد سئل - رحمه الله - عن الزهر فقال: الاحمرار. لكن الظاهر أن مراده
- رحمه الله - الحمرة الواضحة المختصة ببعض أنواع النخل ، ويقاس عليها الصفرة المختصة
بالبعض الآخر» ، النيل وشرحه ج ٨ ص ١٠٣ ، ١٠٤.

وعن بدو صلاح الزرع والعنب يقول فى النيل «... حبة حتى تشتد ، وعنبه حتى
تسود» قال أطفيش «وعن بيع حبة كبر وشعير حتى يشتد بأن دخلها الطعام وكانت
بحيث تزكّل. وعنبه حتى تسود ، إن كانت بما إذا طاب اسود ، فلا يباع العنب حتى
يطيب سواء كان بما يسود أم لا ، ولا التين حتى يطيب ، وهكذا سائر الثمار ، واكتفى
بذكر البعض فهو كالمثال أو ذلك كناية عن الطيب ، ولو لم يكن اسوداد فيما لا يسود ،
وعنه - رحمه الله - أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهر أي غلة النخل ، وعن السنبّل حتى
يبيض ويأمن العاهة» المصدر السابق وأعاده مرة أخرى فى ص ١١٣ ، ١١٤ ، وفى ص
١٢٠. فى القصيل «وطيب قصيل البر والشعير ونحوهما واضح. وهو بدو صلاح ثماره،
وطيب قصيل نحو الجزر واللفت تيبسه بل إدراك بذره الذي يحمله فوقه» وانظر الابيضاح
وحاشية أبى ستة ج ٥ ص ٦١ ، ٦٢ ، ٦٤ ، ٦٥ ، الجامع لابن بركة ج ٢ ص ٣٢٧ ،
٣٢٨.

(١) يقول أطفيش «وأفضل بيع الثمر على النخل إذا صار بحيث لو انكسر العنق أرطب ولم

يحشف والموز يباع إذا اختلفت أفلاجه ، والعنب الأبيض إذا درج فيه الماء وصار غير
حامض ، والليمون إذا ذهب منه الشلخاخ ، وذكّار النخل والشجر إذا كان يصلح للقاح»

شرح النيل ج ٨ ص ١٠٥.

(٢) انظر النص الحاكم حديث رقم (٢) ، ص ٧٧.

(٣) المحلى ج ٧ ص ٢٨٣ مسألة ١٤٢٢.

وردت به الأحاديث ، وبالطيب في غير ثمار النخل ، وبالسواد في العنب الأسود . وفي الزرع إذا سنبل بالاشتداد « فإذا سنبل الزرع لم يحل بيعه أصلاً لا على القطع ولا على الترك إلا حتى يشتد ، فإذا اشتد حل بيعها حينئذ » ثم استدل بحديث ابن عمر عند مسلم « نهى عن بيع النخل حتى يزهر ، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ، نهى البائع والمشتري »^(١) ، وبحديث أنس عند أبي داود أن النبي - ﷺ - « نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد »^(٢) قال أبو محمد « ولا يصح غير هذا أصلاً »^(٣) .

وفي موطن آخر يقول في الثمار « فإن قطع شئ من الثمرة فإن كان قد ترك أزهى إن كان بلجاً أو بسراً ، أو ظهر فيه الطيب إن كان من سائر الثمار - لم يحل بيعه حتى يصير في الحال التي أباح رسول الله - ﷺ - بيعه فيها ... »^(٤) .

وأجاز ابن حزم بيع ثمر المقائى وإن كان صغير جداً يقول « ويجوز بيع ما ظهر من المقائى وإن كان صغير جداً لأنه يؤكل »^(٥) .

فابن حزم الظاهري في معنى بدو الصلاح لا يبعد عن قول الجمهور كما هو واضح .

هذا ما جاء عند أصحاب هذا الاتجاه ، وننتقل الآن إلى ذكر الدليل .

-
- (١) راجع النص الحاكم حديث رقم (٢) ، ص ٧٤ .
 - (٢) راجع النص الحاكم حديث رقم (٣) ، ص ٧٧ .
 - (٣) المحلى ج ٧ ص ٣٠٨ ، ٣٠٩ مسألة ١٤٣٤ ، ١٤٣٥ .
 - (٤) المحلى السابق ص ٣٣٨ ، ٣٣٩ مسألة ١٤٥٢ .
 - (٥) المحلى السابق ص ٣١١ مسألة ١٤٣٦ .

دليل هذا الاتجاه:

اعتمد الجمهور على الأحاديث التي ورد بها تفسير بدو الصلاح في الثمار ، والزروع. ثم قاسوا غير ماورد على ماورد^(١) يقول ابن رشد بعد تعريفه لبدا الصلاح في الثمر «وبالجملة أن تظهر في الثمر صفة الطيب ، هذا هو قول جماعة فقهاء الأمصار لما رواه مالك عن حميد عن أنس أنه - ﷺ - سئل عن قوله: حتى يزهي فقال: حتى يحمر. وروى عنه عليه الصلاة والسلام: أنه نهى عن بيع العنب حتى يسود ، والحب حتى يشتد»^(٢).

وفي كفاية الطالب على الرسالة «بدو صلاح الثمر جاء مفسرا في الحديث بأن يحمر أو يصفر ، وبدو صلاح الحب أن ييبس» قال الصعدي «قوله: جاء مفسرا في الحديث»: والحديث ما رواه مسلم من حديث نافع عن ابن عمر قال «قال رسول الله - ﷺ -: لا تبتاع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، وتذهب عنها الآفة. قال: بدو صلاحه حمرة وصفوته. أ. هـ بلفظه»^(٣).

ويقول الماوردي بعد ذكره لمذهب الشافعي وهو أن بدو الصلاح يختلف باختلاف الأجناس ... «استدللا بما روى عن النبي - ﷺ -: أنه نهى عن بيع الثمار حتى تزهي ، قيل: وما تزهي؟ قال: حتى تحمر أو تصفر»^(٤).

ويقول العمراني في البيان: بدو الصلاح هو تغير الثمرة باحمرار أو إصفرار ان كانت مما تتغير ... دليلنا: ما روى عن أنس رضي الله عنه: أن النبي - ﷺ -: نهى عن بيع الثمار حتى تزهي ، قيل: وما تزهي؟ قال: حتى تحمر ... ثم بعد التفصيل قال «والدليل على ما ذكرناه ، ما روى أن النبي - ﷺ -: نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد. وروى

(١) يخرج من مسألة القياس ابن حزم الظاهري ، فهو لا يعرف القياس.

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٩.

(٣) كفاية الطالب على رسالة أبي زيد القيرواني وحاشية الصعدي ج ٢ ص ١٤٨.

(٤) الحاوي الكبير ج ٢ ص ٢٣٢.

عنه - ﷺ -: أنه نهى عن بيع الثمرة حتى تزهى ، قيل: وما تزهى؟ فقال - ﷺ -: تصفر. فنص على العنب والرطب والحب ، وقسنا على ذلك غيرهما من الثمار^(١) وفى التحفة «... وأصل ذلك تفسير أنس الراوي للزهر فى خبر - نهى عن بيع الثمر حتى تزهى بأن تحمر أو تصفر»^(٢).

وكالمالكية والشافعية فيما سبق من الأدلة الحنابلة^(٣) والاباضية^(٤) وابن حزم الظاهرى^(٥).

والأحاديث وإن جاء فى بعضها التفسير مرفوعا ، وفى البعض الآخر موقوفا على الصحابى فانهم قالوا بصحة الكل فان الراوى رفعه مرة ، وترك رفعه مرة أخرى. جاء فى الأسنى «والأصل فى ذلك خبر الصحيحين عن أنس: نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع الثمار حتى تزهى ، فقيل: يا رسول الله ، وروى فقيل لأنس: ما تزهى؟ قال: تحمر أو تصفر. وكل صحيح فان

(١) البيان ص ١٥٦ ، ١٥٧ ، وانظر الأم ج ٣ ص ٤٨ مجلد ٢.

(٢) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٤٦٦ ، وانظر. المذهب ج ١ ص ٢٨١ ، الشامل ص ٢٩٢ ، شرح مسلم للنووي ج ١٠ ص ١٩٤ ، ١٩٥.

(٣) المغنى ج ٤ ص ٢٢٤ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٣١٠ ، ٣١١ ، شرح الزركشي ج ٣ ص ٤٩٣ ، ٤٩٦ ، ٥٠٧ ، ٥٠٩ ، كشاف القناع ج ٣ ص ٢٨٧ ، الروض المربع ج ٢ ص ١٣٤.

(٤) شرح التيل ج ٨ ص ١٠٣ وما بعدها ، الايضاح وحاشيته ج ٥ ص ٦١ ، ٦٢ ، الجامع لابن بركة ج ٢ ص ٣٢٧ ، ٣٢٨ فى الايضاح فى بدو صلاح الزرع والعنب «لا يجوز بيع زرع حتى يبيض. ودليل هذا القول نهيه - ﷺ - عن بيع الزرع حتى يبيض والزبيب حتى يسود» قال أبو ستة: قوله «والزبيب حتى يسود» الظاهر أنه من تسمية الشيء بما يؤول إليه على حد قوله تعالى ﴿إِنِّى أَرَأِىْ أَهْصِرَ حُمْرًا﴾ ويسمى مجاز الأولى ، والمراد النهي عن بيع العنب حتى يسود ، معنى القابل لذلك وغيره يقاس عليه فهو كقوله - ﷺ - «الحبة حتى تشتد ، والعنب حتى يسود» وليس المراد الزبيب الحقيقى لأن: الكلام فى بيع الثمار على الأشجار ، ولأنه لا معنى للنهي عن بيع الزبيب حتى يسود لأنه يجوز بيع الثمار بعد القطع بالاجماع على أي وجه كان. الايضاح وحاشية أبي ستة ج ٥ ص ٦٥.

(٥) المحلى ج ٧ ص ٢٨٣ مسألة ١٤٢٢ ، ص ٣٠٨ ، ٣٠٩ مسألة ١٤٣٤ ، ١٤٣٥.

أنساً رفعه مرة ، وترك رفعه مرة أخرى مستنداً إلى ماسمعه^(١).

وقد جاء التفسير في حديث أنس مرفوعاً في رواية النسائي « قيل: يارسول الله » قال الصنعاني: فأفاد أن التفسير مرفوع^(٢).

الراجع:

بعد العرض السابق لاتجاهات الفقهاء في تفسير بدو الصلاح نرى أن للأغلب منها مأخذاً من السنة والأثر في الصحيحين وفي غيرهما عن زيد بن ثابت وابن عمر ، وأنس ، وجابر ، وابن عباس ، وسمرة ، وعائشة ، وأبي سعيد وأبي هريرة ، رضى الله عنهم أجمعين^(٣).

ثم إن كل اتجاه رأى أن أمان العاهة وهى غاية حظر البيع يحصل بما قال به ، وهو محتمل. لكن لما كانت احتمالات غير الجمهور مدفوعة بالاعتراض عليها كما أوضحنا ترجع في نظرنا الاتجاه الأخير وهو ماذهب إليه الجمهور من أن بدو صلاح كل شئ بحسبه وقد بين لنا رسول الله - ﷺ - بدو الصلاح في البعض ، وقيس عليه غيره عند القائلين بالقياس. فقول الجمهور هذا هو الموافق لقضية العقول ، وهو قول الأكثر ، وهو أحوط في أمان العاهة ، ولأنه كما يقول ابن قدامة: وردت به أكثر الأخبار فيحمل عليه غيره^(٤) وأيضاً فإن بعض الروايات عن أنس كما عند النسائي جاءت مصرحة برفع التفسير الذي أخذ به الجمهور إلى رسول الله - ﷺ - ، وهذا يعنى أنه من تفسيره - ﷺ -^(٥) وماورد غير مرفوع إنما هو استناد على ماسمعه الراوي من رسول الله - ﷺ -^(٦).

(١) أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٤.

(٢) سبل السلام ج٣ ص ٤٧.

(٣) راجع النص الحاكم، ص ٧١ وما بعدها.

(٤) المغنى ج٤ ص ٢٢٤ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٣٠٩ : ٣١١.

(٥) سبل السلام ج٣ ص ٤٧.

(٦) أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٤.

ثم اننى أميل إلى المنحى الذى نحاء الشافعية فى تقسيمهم ، وإن كنت أرجح ماذهب إليه الحنابلة فى صحيح مذهبهم وابن حزم الظاهرى من أن بدو صلاح القضاء والخيار والقرع ونحوها مما يظهر فمأ بعد فم أن تؤكل عادة ، لابتناهى عظمها كما ذهب إليه أصحاب الشافعى. حيث أن تناهى العظم فيها إنما هو نهاية الصلاح لا ابتدائه كما نيه عليه ابن قدامة -وهذا منه قول حسن يؤيده الواقع الملموس.

المبحث الثالث

حكم بيع الثمار والزروع

إذا بدا صلاح البعض

إن ماسبق في المبحث الأول من هذا الفصل إنما كان عن حكم البيع إذا بدا صلاح الكل عند الجمهور أو إذا ظهر الكل عند الحنفية ، كما أنه كان أيضا فيما يشمر بطنا واحدة. وهنا سنتكلم عن حكم البيع فيما يشمر بطنا واحدة إذا بدا الصلاح في البعض عند الجمهور ، ويدخل محمد بن الحسن من الحنفية مع الجمهور لأنه قد وافقه في البيع على التبقية إذا كان قد تنهى عظم الثمرة ، ومن ثم فقد سائر الجمهور في بدو صلاح البعض ، وهو الذي يعنى عنده « تنهى عظم البعض دون البعض ». أما جمهور الحنفية فقد عوّل على البروز وهو الظهور فمتى برز الثمر أو الزرع كله جاز البيع على القطع في الحال ولا يجوز البيع على التبقية حتى ولو بدا الصلاح بالمعنى الذي قال به الجمهور ، وحتى لو تنهى العظم كما عند محمد. ومن ثم فإنه إن برز البعض دون البعض فهل يجوز بيع مالم يبرز تبعا لما برز؟.

أقول: هذه مسألة ستناولها إن شاء الله في حكم بيع ما يشمر بطونا عندما نتعرض لموقف الفقهاء من حكم بيع المعدم تبعا للموجود حيث أن للحنفية قولين ثابتين في نحو هذه المسائل^(١).

إذا اتضح ذلك فإن الحديث هنا سيكون مع الجمهور. وقد وقفنا في المبحث السابق على تفسير الجمهور لبدا الصلاح ، وعليه فإنه إذا بدا الصلاح بهذه المثابة في كل الثمر ، وكل الزرع الواقع عليه البيع فالبيع صحيح باتفاق على النحو الذي قدمناه عند الجمهور في المبحث الأول من

(١) منها: إذا ظهر البعض ، دون البعض ، وهذه يدخل فيها أيضا ماتتلاحق ثماره كالورد والبطيخ والبادنجان والخيار والقشاش ونحوها مما يشمر بطونا. ومنها مالم يباع الثمار على القطع ولم يقطع المشتري حتى أثمرت أخرى.

هذا الفصل.

فاذا بدا صلاح البعض فى الشجرة الواحدة كان صلاحا لجميع ثمارها ، وهل بدو الصلاح فى نوع أو جنس من بستان ثمر أو زرع بدوا لساير ما فيه ؟ وهل هو بدو للصلاح فى البساتين المجاورة ؟ هذا هو ما نريد بيانه .

حكاية النقلة لاختلاف الفقهاء :

يحكى الحافظ الخلاف فى المسألة فيقول « واختلف السلف فى قوله - حتى يبدو صلاحها » . هل المراد به جنس الثمار حتى لو بدا الصلاح فى البستان من البلد مثلا جاز بيع ثمرة جميع البساتين وإن لم يبد الصلاح فيها ، أو لابد من بدو الصلاح فى كل بستان على حدة ، أو لابد من بدو الصلاح فى كل جنس على حدة ، أو فى كل شجرة على حدة ؟ على أقوال . والأول : قول الليث ، وهو عند المالكية بشرط أن يكون الصلاح متلاحقا . والثانى : قول أحمد ، وعنده رواية كالرابع ، والثالث قول الشافعية « ونفس الكلام نقله الشوكانى عن الفتح . ولفظ الصنعانى « اختلف السلف فى المراد ببدو الصلاح على ثلاثة أقوال . الأول : أنه يكفى بدو الصلاح فى جنس الثمار بشرط أن يكون الصلاح متلاحقا وهو قول الليث والمالكية . والثانى : أنه لابد أن يكون فى جنس تلك الثمرة المبيعة وهو قول أحمد ، والثالث : أنه يعتبر الصلاح فى تلك الشجرة المبيعة وهو قول الشافعية » (١) .

ولما كانت مثل هذه الحكايات لا تكفى فى الدراسات المتخصصة لأنها تحكى قولاً ضعيفاً فى مذهب ما ، بل قد تحكى خلاف ما فيه ، فإننا

(١) فتح البارى ج٤ ص ٤٦٣ ، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٥٩ ، سبل السلام ج٣ ص ٤٦ ، ومن حكى الخلاف ابن رشد فى بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ ، والعمرانى فى البيان ص ١٥٩ ، والماوردي فى الحاوي ج٦ ص ٢٣٢ ، وابن الصباغ فى الشامل ص ٢٩٤ ، والشاشي فى حلية العلماء ج٢ ص ٥٥٠ ، ٥٥١ ، وابن قدامة فى المغنى ج٤ ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ ، والمقدسى فى الشرح الكبير ج٤ ص ٢٩٠ - ٣٠٠ وغيرهم .

ستعرض لموقف المذاهب من خلال كتبهم المعتمدة. ومن مجموع ما بين أيدينا من نصوص مصادرهم نعرض هذه المذاهب على الوجه التالي:

قول محمد من الحنفية:

سبق أن محمدا من الحنفية خالف جمهور مذهبه ، ووافق الجمهور في جواز البيع بعد تناهى عظم الثمرة على التبقية إلى وقت الجذاذ. ومن ثم فانه سائر الجمهور في بدو صلاح البعض «أى تناهى البعض دون البعض».

ويرى محمد رحمه الله الاكتفاء بأدراك البعض ، فإذا أدرك بعض النوع الواحد فى البستان جاز بيع سائر البستان. فان اختلف النوع كأن كان فى البستان جنس من نوعين فان كانا مما يتقارب إدراكهما. جاز البيع فى البستان كله ، وان كان يتأخر كثيرا جاز فيما أدرك فقط كما فى العنب ونحوه.

وعند محمد الادراك فى الجنس لا يكون إدراكا لجنس آخر ، كما يرى أن لكل بستان حكمه ، فالادراك فى بستان لا يكون إدراكا لبستان آخر.

هذا كله تمجده فى نص الكاسانى الآتى:

يقول الكاسان «ولو اشترى ثمرة بدا صلاح بعضها دون بعض بأن أدرك البعض دون البعض بشرط الترك فالبيع فاسد على أصلهما^(١) لأنه لو كان أدرك الكل فاشترها بشرط الترك فالبيع فاسد عندهما فبادراك البعض أولى. وأما على أصل محمد رحمه الله وهو اختيار العادة فان كان صلاح الباقي متقاربا جاز لأن العادة فى شمار أن لا يدرك الكل دفعة واحدة بل يتقدم إدراك البعض على البعض ويلحق بعضها بعضها فصار كأنه

(١) إني على أصل الشبخين أبى حنيفة ، وأبى يوسف.

اشتراها بعد إدراك الكل ، ولو كان كذلك لصح الشراء عنده بشرط الترك
كذا هذا . وإن كان يتأخر إدراك البعض عن البعض تأخيرا فاحشا كالعنب
ونحوه يجوز البيع فيما أردك ولا يجوز فيما لم يدرك لأن عند التأخر الفاحش
يلتحقان بجنسين مختلفين» (١) .

وقول محمد نقله ابننا قدامة في المغنى والشرح (٢) .

مذهب المالكية :

التفرقة بين الثمر والزرع :

فرق المالكية في هذا الصدد بين الثمر والزرع ، وهذه التفرقة جاءت
في رسالة أبي زيد القيرواني واعتمدها شراح الرسالة ، وتناقلها شراح
المذهب كالخرشي والدسوقي ، والصاوي ، وغيرهم .

أولا: بدو صلاح البعض في الثمر :

تقدم اختلاف الرواية عن مالك في تفسيره لبدو الصلاح وأن المشهور
عنده أنه الازهاء وبناء على المشهور كان كلام فقهاء المذهب في بدو صلاح
البعض دون البعض .

والنصوص أمامنا كثيرة نختار منها نص ابن رشد ، وهو يقول «وروى
ابن القاسم عن مالك أنه لا بأس أن يباع الحائط وإن لم يزه إذا أزهى ماحوله
من الحيطان إذا كان الزمان قد أمنت فيه العاهة يريد - والله أعلم - طلوع
الشرباء ، إلا إن المشهور عنه أن لا يباع حائط حتى يبدو فيه الزهو ...» (٣) .

(٢) بدائع الصنائع ج٥ ص ١٧٤ . وانظر حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤١ . وقد سبق في
المبحث الأول من هذا الفصل - الخلاف بين الشيعين ومحمد في صحة البيع بشرط الترك
بعد تنافي العظم ، والاختلاف في الترجيح وما عليه الفتوى .

(٢) المغنى ج٤ ص ٢٢٣ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٩٢ ، ٢٩٣ .

(٣) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣٠ .

ثم يتبع ذلك ببيان الحكم إذا بدا صلاح البعض على المشهور فيقول «وعلى المشهور من اعتبار الازهاء. يقول مالك: أنه إذا كان في الحائط الواحد بعينه أجناس من الثمر مختلفة الطيب لم يبع كل صنف منها إلا بظهور الطيب فيه وخالفه في ذلك الليث. وأما الأنواع المتقاربة الطيب فيجوز عنده بيع بعضها بطيب البعض ، وبدو الصلاح المعتبر عن مالك في الصنف الواحد من الثمر هو وجود الازهاء في بعضه لافى كله إذا لم يكن ذلك الازهاء مبكرا في بعضه تبكيرا يتراخى عنه البعض بل إذا كان متتابعا. لأن الوقت الذي ينجو الثمرة فيه في الغالب من العاهات هو إذا بدا الطيب في الثمرة ابتداء متناسقا غير منقطع. وعند مالك أنه إذا بدا الطيب في نخلة بستان جاز بيعه وبيع البساتين المجاورة له إذا كان نخل البساتين من جنس واحد. وقال الشافعي «لايجوز ... ومالك اعتبر الوقت الذي تؤمن فيه العاهة إذا كان الوقت واحدا للنوع الواحد»^(١).

وبناء على هذا النص وغيره مما هو تحت أيدينا يمكن عرض مذهب المالكية على الوجه التالي:

١ - المعتبر بدو صلاح البعض:

لا يشترط بدو صلاح جميع الثمر بل يصح البيع ببدا صلاح بعضه في الصنف الواحد ففي النخل مثلا بدو الصلاح في عرجون بدوا الصلاح جميع صنفه ففي نص ابن رشد السابق «وبدو الصلاح المعتبر عن مالك في الصنف الواحد من الثمر هو وجود الازهاء في بعضه لافى كله».

وحجة ذلك: أن الوقت الذي تنجو الثمرة فيه في الغالب من العاهات هو إذا بدا الطيب في الثمرة ابتداء متناسقا أي متتابعا غير منقطع ، فيخرج الباكرة حيث لا اعتبار لها إلا في نفسها وستأتي.

٢- إذا اتحد الجنس^(١) في البستان وما جاوره:

إذا كان الجنس واحدا في البستان كالرمان مثلا ، فإنه يجوز بيعه جميعه يبدو صلاح بعض الثمر ولو في شجرة واحدة منه حتى ولو اختلفت أنواع ذلك الجنس كما يجوز أيضا بيع البساتين المجاورة له والتي من هذا الجنس حتى ولو لم يظهر فيها بدو الصلاح. والمعنى أن بدو الصلاح في جنس في بستان بدوا لصلاح هذا الجنس في البساتين المجاورة له.

والمشهور عند المالكية أن يكون الجنس مما تتلاقح ثماره عادة ، أو بقول أهل المعرفة. هذا هو المشهور والمعتمد ، خلافا لابن كنانة.

وهل يشترط التلاصق في البساتين لكي يكون بدو صلاح بعض الجنس. في أحدها بدوا لصلاح غيره؟ قولان.

المشهور أنه لا بد من كون البساتين متلاصقة كما هو كلام ابن الحاجب.

القول الثاني: لا يشترط التلاصق وهو ظاهر كلام الخرشي.

وهل يكون بدو الصلاح في بستان بدوا لصلاح جميع حوائط البلد؟ قولان:

المشهور أن بدو الصلاح في بستان لا يعتبر بدوا لصلاح جميع حوائط البلد.

(١) فالتين جنس ، والخرق جنس ، والبلح جنس ، والمشمش جنس ، والعنب جنس ، والزيتون جنس. وهكذا. وقد يكون تحت الجنس الواحد كما ذكرنا وغيره أنواع ، فالبلح مثلا جنس تحته من الأنواع البرني والمعلقى. واختلاف النوع. لا أثر له ، وإنما الذى له أثر هو اختلاف الجنس. والبعض يعبر بالجنس فيقول «إذا كان الجنس واحدا» «إذا اختلف الجنس» والبعض يعبر بالنوع مكان الجنس وقد فسر العدوى الجنس بالنوع فى تعليقه على الخرشي و خليل ، وكذلك فعل الدسوقي مع الشرح الكبير. وابن جزى فى قوانينه يذكر الصنف مكان الجنس ، ومثله ابن رشد فى بعض عباراته.

القول الثانى: أن بدو الصلاح فى بستان يعتبر بدوا لصلاح جميع حوائط البلد ، فتباع جميعها ، وهو لاهن القصار.

وهل يشترط اتحاد الملك فى البساتين؟ ظاهر كلام الخرشى كما قال العدوى فى حاشيته عليه: عدم اشتراط كون الحوائط المجاورة ملكا لصاحب الحائط الذي بدا فيه الصلاح.

وفيما سبق جاء فى الشرح الكبير: ان ذلك فى الحائط وفى مجاوره مما يتلاحق طيبه بطيبه عادة ، لافى جميع حوائط البلد أ.هـ. قال الدسوقى: أي خلافا لاهن القصار.

فالمراد كما قال الدسوقى: أن بدو الصلاح فى بعض حائط أي فى بعض شجر حائط ولو فى نخلة أي ولو فى بعض عراجين نخلة كاف فى صحة بيع جنبه أي نوعه الكائن فى الحوائط المجاورة لتلك الحائط التى بدا صلاح فى بعض شجرها إذا كان مما يتلاحق طيبه بطيبه عادة فان كان لايتلاحق طيبه بطيبه بل يتأخر طيبه عنه عادة فلا يكون بدو الصلاح فى أحد الحائطين كافيا فى صحة بيع ذلك النوع فى الحائط الآخر على المعتمد خلافا لاهن كنانة.

وعند قول الخرشى «فان أزهى بعض حائط ولو نخلة واحدة ولم تكن باكورة فهو كاف فى جواز بيع ذلك الجنس من ذلك الحائط ومن الحوائط المجاورة له وهو مايتلاحق طيبه بطيبه عادة أو بقول أهل المعرفة» قال العدوى: ظاهر هذا وإن لم يكن ماتلاحق طيبه بطيبه ملاصقا له ، وكلام ابن الحاجب يفيد أنه لا بد من كونه ملاصقا له فما تلاحق طيبه بطيبه ولم يكن ملاصقا له لا يكون بدو الصلاح فى بعض حائطه كافيا.

وقال أيضا: ثم ظاهر هذا ولو لم تكن الحوائط المجاورة ملكا لصاحب الحائط الذي فيه الباكورة أ.هـ.

وحجة الإمام مالك كما سبق في نص ابن رشد: أنه اعتبر الوقت الذي تؤمن فيه العاهة إذا كان الوقت واحدا للنوع الواحد.

٣- إذا اختلف الجنس في البستان:

إذا كان في البستان الواحد أجناس مختلفة فلا يباع جنس لم يبد صلاحه يبدو صلاح غيره. فلا يباع مشمش مثلاً يبدو صلاح بلع أو تين ، ولا يصح بيع بلع يبدو صلاح عنب مثلاً. هذا هو المشهور. ومقابله لابن رشد كما في الجواهر قال «وأجازه ابن رشد إن كان مالم يطب تابعا لما طاب» وفي الدسوقي أيضا «فلا يباع تين يبدو صلاح خوخ أو بلع ولا عكسه ، أي خلافا لابن رشد حيث أجاز ذلك إن كان مالم يطب تبعا لما طاب كما في البناني» وابن الجلاب أخذ بالمشهور. ففي حاشية العدوى على الخرشى «قول الجلاب: إذا كان في الحائط نوعان صيفي وشتوي لم يبع أحدهما بطيب الآخر ، وكلما طاب نوع منه بيع على حدته».

واحتج الباجي للمشهور بالسنة والمعنى.

أما السنة: فما ثبت أن النبي - ﷺ - «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، وحتى تزهر ، قيل: وما تزهر؟ قال: حين تحمر».

وماثبت عنه أنه «نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد»^(١).

وجه الدلالة أنه - ﷺ - اعتبر كل جنس^(٢) بنفسه بدليل أنه فرق في علامة بدو الصلاح لكل جنس وصرح بمنع بيع الجنس حتى توجد فيه هذه

(١) سبق تخريجهما في النص الحاكم، ص ٧٨ ، ٧٩.

(٢) سبق أن الجنس عند المالكية عندما يعبر به البعض يرادف النوع عند البعض لاحظ في هامش سابق.

العلامة ، فلو كان يبدو صلاح أحدهما بدوا لصلاح النوع الآخر لما فرق بينهم^(١).

وأما المعنى: فلأن العلة من منع بيع الشمرة حتى يبدو صلاحها هي الخوف من أن تصيبها الآفة ، وحتى تكون معلومة الصفة برؤية ما طاب منها ، وقد علم تفاوت أجناس الثمار في الطيب ، فإذا طاب بعضها لم يؤمن بذلك العاهة على غيرها مما يتأخر إبانته عن إبانها ، وإذا علم صفة بعضها يبدو الصلاح في جنس لم يعلم بذلك صفة غيرها مما لم يبدو صلاحه في الجنس الآخر^(٢).

٤ - الباكورة^(٣):

الباكورة لا اعتبار لها إلا في نفسها وفيما مائلها. فيجوز بيعها وبيع ما هو مثلها واختلفت عادته ولم يبكر بالفعل. لكن لا يجوز بيع الحائط بطيبها. والباكورة كما في الخرشبي وغيره « هي التي تسبق بالزمن الطويل الذي لا يحصل معه تتابع الطيب لمرض. وهي كافية في نفسها فتباع وكذلك كافية في مريضة أو أكثر مثلها عادتها لمرضها أن تبكر » فقولهم إن لم تبكر الشجرة أي إن لم تكن باكورة ، أي يسبق طيبها طيب غيرها بالزمن الطويل الذي لا يحصل معه تتابع الطيب لعارض كمرض ، وهي كافية في نفسها وفيما مائلها أي فتباع. هكذا في الشرح والدسوقي.

وقال الدسوقي: إن لم تبكر -بفتح التاء والكاف- . وفيما مائلها أي

(١) المنتقى ج٤ ص ٢٢٠.

(٢) المصدر السابق.

(٣) في القاموس: بكر كفرح إذا كان صاحب باكور ، أي سبق بالزمن الطويل حاشية الدسوقي ج٣ ص ١٧٧ . وفي المصباح ج١ ص ٥٩ كتاب الباء: باكورة الفاكهة أول ما يدرك منها ، وابتكرت الفاكهة أكلت باكورتها . قال أبو حاتم: الباكورة من كل فاكهة ما عجل الإخراج والجمع البراكير ، والباكورات. ونخلة باكورة ، وباكور ، وبكور ، والجمع بكر بضم الباء. وانظر مختار الصحاح ص ٣٩ باب الباء.

مما هو مريض عادته أن يبكر لمرضه واختلفت عادته ولم يبكر بالفعل فى هذا العام.

٥- المقائى:

لها حكم الثمار فيما سبق بالنسبة للبطن الأول منها.

ثانيا: بدو صلاح بعض الزرع:

إذا بدا صلاح بعض الزرع فان ذلك لا يكفى فى صحة بيعه بل لابد من أن يبس جميع الحب.

قالوا: والفرق بينه وبين الثمرة: أن حاجة الناس لأكل الثمار رطبة لأجل التفكه بها أكثر ، ولأن الغالب تتابع طيب الثمار وليست الحبوب كذلك لأنها للقت لا للتفكه. قال فى حاشية الأصل: وهذا الكلام يفيد أن المقشاة كالثمار. ذكر هذا الخرشى ، والصاوى ، والدسوقى وغيرهم تبعا للرسالة وشرحها يقول أبو الحسن فى شرحه على الرسالة «وأما بدو صلاح بعض الزرع فلا يكفى فى حل بيع باقيه بل لابد من يبس حب جميع الزرع. والفرق بين الثمر والمقائى يكتفى ببدا صلاح بعض الجنس - النوع كما فى العدوى - والزرع لا يحل إلا ببدا صلاح المعقود عليه: ان الثمر إذا بدا صلاح بعضه يتبعه الباقي سريعا ومثله نحو القشاء ، بخلاف الزرع ، ولشدة حاجة الناس لأكل الثمار رطبة»^(١).

(١) انظر للمالكية. بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ ، القوانين الفقهية ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، جواهر الأكليل ج٢ ص ٦٠ ، شرح الخرشى وعليه حاشية العدوى ج٥ ص ١٨٥ ، ١٨٦ مجلد / ٣ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوى ج٤ ص ٣١٢ ، ٣١٣ ، المنتقى ج٤ ص ٢٢٠ ، كفاية الطالب الربانى على رسالة أبى زيد القيروانى ومعهما حاشية الصعدي ج٢ ص ١٤٨ ، ١٤٩ ، تهذيب الفروق ج٢ ص ٢٧٢ ، ٢٧٣ ، الفرق ١٩٣ ، الشرح الكبير وعليه حاشية الدسوقى ج٢ ص ١٧٧ ، ١٧٨ .

حكاية النقلة لمذهب مالك:

بالنظر فى حكاية البعض لمذهب مالك فى اعتبار بدو الصلاح فى حائط بدوا لغيره من الحوائط المجاورة نرى أن البعض قد حكاه كما تناوله شراح المذهب. فابن الصباغ يقول «وقال مالك: يجوز بيع ما جاوره إذا كان الصلاح معهودا لامنكرا»^(١).

وحكاه الشاشى فى الحلية بنفس اللفظ ثم ذكر حكاية الماوردي المخالفة فيقول «وقال مالك: يجوز بيع ما جاوره إذا كان الصلاح معهودا لامنكرا. وحكى فى الحاوي عنه: أنه إذا الصلاح بدا فى نخلة جاز بيع ثمار جميع البلد»^(٢).

ونص الحاوي «وقال مالك: إذا بدا صلاح نخلة من حائط جاز بيع ثمار البلد كله»^(٣)، ومثل الماوردي قال العمراني «وقال مالك رحمه الله عليه: إذا بدا الصلاح فى جنس كان ذلك بدو الصلاح فى الجنس كله فى ذلك البلد فيجوز بيعه»^(٤).

وكالماوردي والعمراني حكاه الحافظ فى الفتح ونقله الشوكاني فى نيل الأوطار ، والصنعاني فى سبل السلام^(٥).

أقول: ان ما ذكره الماوردي ومن وافقه فى حكاية مذهب الامام مالك

(١) الشامل ص ٢٩٤ ، وهو حكاية ابني قدامة فى المغنى ج٤ ص ٢٢٣ ، والشرح الكبير

ج٤ ص ٢٩٦ ، ٢٩٧ .

(٢) حلية العلماء ج٢ ص ٥٥٠ ، ٥٥١ .

(٣) الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٣٢ .

(٤) البيان ص ١٥٩ .

(٥) فتح الباري ج٤ ص ٤٦٣ ، نيل الأوطار ج٤ ص ٢٥٩ ، سبل السلام ج٣ ص ٤٦ ،

وقد سبقت نصوصهم فى أول المبحث وإن كان الصنعاني لم يفرق بينه وبين مذهب الليث. وهذا غير صائب.

إنما هو لابن القصار من المالكية كما في حاشية الدسوقي^(١) وهو أيضا منقول عن القاضي أبي الحسن. ففي الذخيرة «ونقل عن القاضي أبي الحسن: إذا بدا صلاح جنس من الثمار في بستان منه نخلة أو عذق في نخلة جاز بيع جميع بساتين البلد لاشتراكها في الهواء المنضج إلا أن يكون ذلك باكورة فلا يباع غيره بطيبه»^(٢).

ونرى أن فقهاء المذهب أعرف بمراد إمامهم من غيرهم ، وهم لم يذكروا شيئا من هذا عنه ، فيكون التحقيق في المذهب ما ذكرناه. ومع ذلك فقد فهمت من عبارة ابن رشد الآتية أن مالكا في رواية عنه يرى أن لا يباع الحائط إلا يبدو الصلاح فيه بعينه. يقول ابن رشد «وروى ابن القاسم عن مالك أنه لا بأس أن يباع الحائط وإن لم يزه إذا أزهى ماحوله من الحيطان إذا كان الزمان قد أمنت فيه العاهة يريد -والله أعلم- طلوع الشربا ، إلا أن المشهور عنه أنه لا يباع حائط حتى يبدو فيه الزهر»^(٣).

مذهب الشافعية:

النصوص من مذهب الشافعية كثيرة أماننا نختار منها الآتى:

يقول النووي في الروضة «فرع: لا يشترط للاستغناء عن شرط القطع بدو الصلاح في كل عنقود ، بل إذا باع ثمرة شجرة واحدة بدا الصلاح في بعضها صح من غير شرط القطع. ولو باع ثمار أشجار بدا الصلاح في بعضها ، نظر. إن اختلف الجنس لم يغير بدو الصلاح في جنس حكم جنس آخر ، فلو باع رطبا وعنبا بدا الصلاح في أحدهما فقط وجب شرط القطع في الآخر. وإن اتحد الجنس فالكلام في اتحاد البستان وتعددده ، وإذا اتحد ففي

(١) حاشية الدسوقي ج٢ ص ١٧٧.

(٢) الذخيرة ج٥ ص ١٩٠.

(٣) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣٠.

بيعها صفقة واحدة ، وإفراد مالم يبد فيه الصلاح بالبيع وحكم الأقسام كلها على ماسبق فى التأبير^(١) بلا فرق. حتى ان الأصح: أنه لاتبعية عند الافراد، وأنه لا أثر لاختلاف النوع ، وأنه لا يتبع بستان بستانا. ولو بدا الصلاح فى ملك غير البائع ولم يبد فى ملكه فان كان فى بستانين فلا عبرة به قطعاً ، وكذا إذا كان فى بستان واحد على الأصح ، ويجرى الوجهان فيما لو أبر ملك غير البائع فى بستان واحد والأصح أنه لا يكون للمبيع حكم المزور^(٢).

وفى حلية العلماء «فان بدا الصلاح فى بعض الجنس فى حائط فباع مالم يبد صلاحه. ففيه وجهان أحدهما: أنه يجوز افراده. والثانى: لايجوز. وهل يكون بدو الصلاح فى نوع من جنس بدوا للصلاح فى غيره من ذلك الجنس؟»

فيه وجهان: أحدهما: أنه يضم إليه فى جواز البيع. والثانى: أنه لا يضم إليه وهو الأصح. وإنما يتبعه ماكان معه فى البستان ، فأما ما كان فى حائط آخر فلا يتبعه فى جواز البيع وبه قال أحمد^(٣).

أقول: من هذين النصين ومن غيرهما مما لم أذكره^(٤) يمكن عرض

(١) أي فى حكم تبعية الثمر الذي لم يؤزر للمزور فى بيع الشجر وعليه ثمر أبر بعضه. وقد تناولنا ذلك فى بحثنا «مدى التبعية» ص ٨٥ وما بعدها. وبعض الشافعية يحيلون إليه والبعض الآخر يذكر الحكم مباشرة دون إحالة.

(٢) روضة الطالبين ج٣ ص ٢١١ ، ٢١٢.

(٣) حلية العلماء ج٢ ص ٥٥٠.

(٤) أنظر فى المسألة برمتها. الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٣٢ ، ٢٣٣ ، تنمة الاهانة ج٤ ورقة ١٦٤ ، ١٦٨ ، الشامل ص ٢٩٣ ، ٢٩٤ ، المهذب ج١ ص ٢٨١ ، الأم ج٣ ص ٤١ مجلد ٢ ، باب ثمر الحائط يباع أصله ، ص ٤٨ باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار ص ٨٣ باب بيع الآجال. أسنى المطالب ج٤ ص ٤٦٠ ، ٤٦٣ ، ٤٦٤ ، ٤٦٧ ، شرح المحلى وحاشية قليوبى وحاشية عميرة ج٢ ص ٢٣٦ ، حاشية الهاجورى ج١ ص ٣٥٠ ، البيان ص ١٥٧ - ١٥٩.

مذهب الشافعية فى المسألة على الوجه التالى:

١- عدم التفرقة بين الثمر والزرع:

الشافعية لا يفرقون فى الحكم بين الثمر والزرع فى بدو صلاح البعض خلافا لما سبق عند المالكية.

٢- بدو الصلاح ولو فى حبة واحدة يكفى:

لا يشترط بدو الصلاح فى الكل لجواز البيع بدون شرط القطع بل يكفى صلاح البعض ولو فى ثمرة واحدة ، أو حبة عنب أو بسرا ونحوه من بستان ، أو ورقة واحدة فيما يقصد ورقة كورق التوت ، أو سنبله واحدة فى بستان الزرع. وفى الروض « فرع. بدو الصلاح فى شجرة يستتبع الكل كما فى التأبير » قال شارحه « ولو فى حبة » قال الرملى « أو عنقود ، أو بسرة ، أو بطيخة أو سنبله »^(١).

وعند قول التحفة « بعد بدو صلاحه » يقول العبادى « قال فى العباب: ولو حبة من بستان. قال فى شرحه: أو ورقة من توت كما صرح به الأثوار »^(٢) وفى التحفة فى الزرع « أو زرع بعد اشتداد الحب أو بعضه ولو سنبله واحدة نجاز ... »^(٣). ويقول ابن الصباغ « متى وجب بدو الصلاح فى شئ من الثمرة ولو كان ثمرة واحدة كان الباقي من ذلك النوع فى ذلك البستان تابعا له فى جواز البيع »^(٤). وفى الأسنى « قال الزركشي: وقياس مامر من الاكتفاء فى التأبير بطلع واحد ، وفى بدو الصلاح بحبة واحدة الاكتفاء هنا باشتداد سنبله واحدة » قال الرملى: « قوله: الاكتفاء باشتداد

(١) أسنى المطالب على الروض ، وعليه حاشية الرملى ج٢ ص ١٠٤.

(٢) العبادى على التحفة ج٤ ص ٤٦٠.

(٣) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٣ ، ٤٦٤.

(٤) الشامل ص ٢٩٣.

سنبله» أشار إلى تصحيحه ، وكتب عليه عبارة الأتوار: وفي الحبوب في سنبله^(١).

وبالرغم من أنه لا يخلو مصدرا من ذكر هذا إلا أن البعض لم يرتضه فمثلا بعد أن ذكر الزركشي كلامه السابق قال «وكل ذلك مشكل»^(٢).

ويقول عميرة «ظاهر كلامهم الاكتفاء يبدو في حبة أو سنبله فقط وفيه نظر»^(٣).

وهذا يعنى أن هناك وجهاً لبعض الأصحاب بعدم الاكتفاء بالحبة الواحدة أو السنبله الواحدة.

٣- البستان الواحد:

قد يكون الجنس واحداً في البستان ، وقد تختلف أجناسه.

إذا كان الجنس واحداً:

إذا كان الجنس واحداً في البستان كالبطخ مثلاً ، فاما أن يكون من نوع واحد ، واما أن يكون من أنواع.

١- فإذا كان النوع واحداً كان كله برنياً ، أو كان كله معقليا فان بدو صلاح بعضه يعتبر بدوا للصلاح في بقية هذا النوع ، فيجوز بيع البستان كله.

وحجة ذلك: أنه لو قلنا: أنه لا يجوز إلا بيع ما بدا فيه الصلاح من ذلك النوع لأدى إلى الضرر بسوء المشاركة واختلاف الأبدى.

(١) أسنى المطالب وحاشية الرمل ج ٢ ص ١٠٦ ، وهكذا لا يخلو مصدرا من مصادر

الشافعية من هذا فانظر ما سبق عندهم من مصادر في أول المسألة غير ما ذكرناه هنا.

(٢) أسنى المطالب السابق.

(٣) حاشية عميرة على شرح المعلى ج ٢ ص ٢٣٦.

يقول العمراني «فاذا وجد بدو الصلاح في نوع من جنس ولو كانت بسرة واحدة أو عنبه واحدة جاز بيع جميع ما في ذلك الحائط في ذلك النوع تبعا لما بدا فيه الصلاح منه ، ولأننا لو قلنا لايجوز إلا بيع ما بدا فيه الصلاح من ذلك النوع أدى إلى الضرر بسوء المشاركة واختلاف الأيدي»^(١).

وعبارة المذهب «لأننا لو قلنا لايجوز إلا فيما بدا صلاحه فيه أدى إلى المشقة والضرر بسوء المشاركة»^(٢). وهذا يتفق مع المالكية في البستان الواحد^(٣).

٢- أما إن اختلف النوع في البستان كأن كان فيه نوعان كالبرني والمعللى ففيه وجهان.

الوجه الأول: أنه لا أثر لاختلاف النوع ، فيجوز بيع البستان كله وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة «حتى أن الأصح ... وأنه لا أثر لاختلاف النوع» وفي التحفة «فلا يتبع مالم يبد ما بدا إلا ان اتحد الجنس وان اختلف النوع» قال الشرواني «أي على الأصح»^(٤) وهذا يتفق مع المالكية في البستان الواحد^(٥).

وحجة هذا الوجه :

أ- أنه بدخول وقت بدو الصلاح نزول عنه الآفة ، وأيضا فان بدو الصلاح في الجنس الواحد يتفاوت فجعل مالم يبد فيه الصلاح تبعا كما لو كان الصنف واحدا.

(١) البيان ص ١٥٧ ، وانظر الشامل ص ٢٩٤.

(٢) المذهب ج١ ص ٢٨١.

(٣) راجع عند المالكية بند: إذا اتحد النوع.

(٤) سبقت هذه المصادر وغيرها في أول مذهب الشافعية.

(٥) راجع عند المالكية بند: إذا اتحد النوع. فانه لا أثر لاختلاف أصنافه على صحة البيع.

يقول المتولى «بدو الصلاح فى جميع الثمار ليس بشرط فى جواز البيع بل إذا ظهر اللون فى بسرة واحدة كان ذلك كبدو الصلاح فى جميع نخل ذلك البستان إذا كان الصنف واحدا ، والعلة فيه أنه بدخول ذلك الوقت تزول عنه الآفة ، وأيضا فان بدو الصلاح فى الجنس الواحد يتفاوت فجعل مالم يبد فيه الصلاح تبعا»^(١).

ب- أن الأنواع من جنس يضم بعضها إلى بعض فى إكمال النصاب فى الزكاة فكذلك البيع ، وقياسا على ضم بعض النوع إلى بعض فى الزكاة يقول العمرانى «وهل يجوز بيع مالم يبد فيه الصلاح من نوع آخر من ذلك الجنس فى ذلك الحائط معه؟ فيه وجهان. أحدهما: يجوز. لأن الأنواع من جنس يضم بعضها إلى بعض فى إكمال النصاب فى الزكاة ، فكذلك فى البيع...»^(٢).

ويقول ابن الصباغ «فأما نوع آخر من ذلك الجنس فهل يكون تابعا له فى جواز البيع؟ وجهان. أحدهما: يجوز لأنه إذا كان يضم بعض النوع إلى بعض وجب ضم نوع إلى نوع من جنس كما قلنا فى الزكاة...»^(٣).

الوجه الثانى: أن بدو صلاح نوع لا يعتبر بدوا لصلاح نوع آخر فى الجنس الواحد ، ومن ثم لا يجوز بيعه تبعا لما بدا صلاحه أى أنه لا يضم إليه فى البيع وهو الأصح كما فى الحلية يقول الشاشى فى حلية العلماء «وهل يكون بدو الصلاح فى نوع من جنس بدوا للصلاح فى غيره من ذلك الجنس؟ فيه وجهان: أحدهما: أنه يضم إليه فى جواز البيع. والثانى: أنه لا يضم إليه وهو الأصح»^(٤).

(١) تنمة الإهانة ج٤ ورقة ١٦٤.

(٢) البيان ص ١٥٧ ، ١٥٨.

(٣) الشامل ص ٢٩٣.

(٤) حلية العلماء ج٢ ص ٥٥٠.

وحجة هذا الوجه :

أن النوعين يتباعد إدراكهما بخلاف النوع الواحد ، فصار النوع مع النوع كالنوع مع جنس آخر ، وقياسا على ما قاله الشافعى فى الصيفى والشتوى. يقول العمرانى « ... والثانى لا يجوز ، لأن النوعين يتباعد إدراكهما بخلاف النوع الواحد. وقد نص الشافعى رحمه الله فى إذا كان أحدهما صيفيا والآخر شتويا: لا يتبع أحدهما الآخر ، فكذلك هذا مثله »^(١)، ويقول ابن الصباغ « ... والثانى: لا يضم نوع آخر إليه فى البيع. وقد نص الشافعى رضي الله عنه فى البويطى أنه إذا كان أحدهما صيفيا والآخر شتويا لا يتبع أحدهما الآخر لأن النوعين قد يتباعد إدراكهما فلم يضم أحدهما إلى الآخر كما لا يضم إلى جنس آخر »^(٢). بل أن الشافعى فى الأم نصه ظاهر فى عدم الجواز فيما لم يبد صلاحه إن اختلف النوع « قال الشافعى: وإذا لم يظهر ذلك فى الحائط لم يحل بيعه، وإن ظهر ذلك فيما حوله ، لأنه غير ما حوله ، وهذا إذا كان الحائط نخلا كله ولم يختلف النخل »^(٣).

وقد أشرنا سابقا أنه اختلف فى الأصح من الوجهين. ونرى أنه إن عرف بالعادة أو بقول أهل المعرفة أن النوعين يتقارب إدراكهما كان بدو الصلاح فى بعض أحدهما بدوا لصلاح النوعين فيتبع مالم يبد صلاحه ما بدا صلاحه فى البيع أي يجوز بيعه تبعا. أما إن ثبت تباعد إدراكهما فهنا يلزم القياس على قول الامام الشافعى فى الشتوى والصيفى. والله أعلم.

افراد مالم يبد صلاحه بالبيع من النوع. فى البستان :

إذا بدا صلاح بعض النوع فى البستان الواحد. فإذا باع جميع البستان

(١) البيان ص ١٥٧ ، ١٥٨.

(٢) الشامل ص ٢٩٣.

(٣) الأم ج ٣ ص ٨٣ مجلد ٢ باب بيع الأجل.

جاز ، وإن أفرد ما بدا صلاحه بالبيع جاز. وإن أفرد مالم يبد صلاحه فإن كان بشرط القطع جاز. وإن كان بغير شرط القطع ففيه وجهان^(١).

الوجه الأول: أن البيع جائز. وحجة الجواز: أنه في حكم ما بدا فيه الصلاح فيجوز إفراده بالبيع.

الوجه الثاني: لا يجوز. وحجة عدم الجواز: أنه إنما جعل في حكم ما بدا فيه الصلاح تبعاً لما بدا فيه الصلاح وما أجزى بيعه تبعاً لغيره لم يجز إفراده بالبيع كالحمل.

يقول الشيرازي «فإن بدا الصلاح في بعض الجنس في حائط فباع منه مالم يبد فيه الصلاح مفرداً من غير شرط القطع ففيه وجهان: أحدهما: يجوز لأننا جعلناه في حكم ما بدا فيه الصلاح فجاز إفراده بالبيع. والثاني: لا يجوز لأنه إنما جعل في حكم ما بدا فيه الصلاح تبعاً لما بدا فيه الصلاح ، وما أجزى بيعه تبعاً لغيره لم يجز إفراده بالبيع كالحمل^(٢).

والوجه الثاني هو الأصح كما في الروضة ، قال النووي «حتى أن الأصح أن لا تنعية عند الأفراد»^(٣).

إذا اختلف الجنس في البستان:

إذا اختلف الجنس في البستان الواحد كأن كان به رمان ، وخوخ ، ومشمش ، ورطب ، وعنب ، فإن بدو الصلاح في جنس لا يعتبر بدوا لصلاح ما معه من الأجناس الأخرى^(٤). قال الشافعي في الأم «... فأما إذا كان

(١) راجع مصادر الشافعية المذكورة في أول المذهب.

(٢) المذهب ج ١ ص ٢٨١ ، وانظر حلية العلماء ج ٢ ص ٥٥٠ ، الشامل ص ٢٩٤ ، البيان ص ١٥٨.

(٣) روضة الطالبين ج ٣ ص ٢١١ ، ٢١٢.

(٤) انظر مصادر الشافعية المذكورة في أول المذهب.

نخلا وعنبا ، أو نخلا وغيره من الثمر فبدا صلاح صنف منه فلا يجوز أن يباع الصنف الآخر الذي لم يبد صلاحه»^(١) وفي شرح المحلى «ويكفى بدو صلاح بعضه وان قل البعض يبيع كله من شجر أو أشجار متحدة الجنس فان اختلف كرطب وعنب بدا الصلاح فى أحدهما فقط وجب شرط القطع فى الآخر»^(٢). وفى الروضة «ان اختلف الجنس لم يغير بدو الصلاح فى جنس حكم جنس آخر. فلو باع رطباً وعنباً بدا الصلاح فى أحدهما فقط وجب شرط القطع فى الآخر»^(٣). وحجة الشافعية فى هذا. السنة ، والمعنى.

أما السنة: فما ثبت ان النبى - ﷺ - انه «نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد».

وماثبت أنه «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، وحتى تزهر. قيل: وما تزهر؟ قال: حين تحمر»^(٤).

وجه الدلالة: ان النبى - ﷺ - اعتبر كل جنس بنفسه بدليل أنه فرق فى علامة بدو الصلاح لكل جنس ، وصرح بمنع بيع الجنس حتى توجد فيه علامته فلو كان بدو صلاح الجنس صلاحاً لغيره من الأجناس لما فرق بينهم^(٥).

وأما المعنى: فلأنه يقع بين الأجناس تفاوت فى الادراك. ولأن المنع من البيع فيما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا صلاحه لا يؤدى إلى الضرر بسوء المشاركة. ويقول المتولى «فأما إذا بدا الصلاح فى جنس من الثمار لا يجعل

(١) الأم ج ٣ ص ٨٣ مجلد ٢ باب بيع الآجال.

(٢) شرح جلال المحلى ج ٢ ص ٢٣٦ ، وانما وجب شرط القطع فيما لم يبد صلاحه حيث لا يصح بيعه إلا بشرط القطع.

(٣) روضة الطالبين ج ٣ ص ٢١١.

(٤) سبق تخريجهما فى النص الحاكم، ص ٧٨ ، ٧٩.

(٥) البيان ص ١٥٩ ، المنتقى للباي المالكي ج ٤ ص ٢٢٠.

باقى الأجناس تبعا له لأنه يقع بين الأجناس تفاوت فى الإدراك»^(١)، ويقول الشيرادي «ولا يجوز أن يبيع مالم يبد فيه الصلاح من جنس آخر ، ولا مالم يبد فيه الصلاح من ذلك الجنس فى حائط آخر ، لأن المنع من ذلك لا يؤدى إلى الضرر بسوء المشاركة»^(٢).

وهذا يتفق مع مشهور المالكية خلافا لابن رشد^(٣).

بدو الصلاح فى ملك غير البائع:

لو بدا الصلاح فى ملك غير البائع ولم يبد فى ملكه فان كانا بستانين فلا عبرة به قطعا ، وإن كان فى بستان واحد فوجهان. الأصح منهما كما فى الروضة أنه لا عبرة به أيضا^(٤).

٤- البستان المجاور لما بدا فيه الصلاح:

إذا كان النوع واحد فى بستانين أو أكثر ، فاما أن تكون فى ملك واحد ، واما لا.

أ- فان تعدد الملاك ، فان بدو الصلاح فى واحد منهما لا يعتبر بدوا لصلاح البساتين الأخرى وهذا ماعناه الشافعية بقولهم: بدو الصلاح فى بستان لا يعتبر بدوا للصلاح فيما جاوره من البساتين. وعبرة الماوردي: لا يعتبر صلاحا لبساتين البلد حيث يقول «فاذا ثبت أن بدو الصلاح بما ذكرنا، فبدا صلاح النخلة من حائطه كان بدو الصلاح جاريا على جميع نخل الحائط، ولا يجوز بيع غيره من ثمار البلد الذي لم يبد صلاحها»^(٥).

(١) تنمة الإهانة ج٤ ورقة ١٦٤.

(٢) المهذب ج١ ص ٢٨١.

(٣) راجع ماسبق فى مذهب المالكية.

(٤) روضة الطالبين ج٢ ص ٢١٢.

(٥) الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٣٢.

ويقول النووي «ولو بدا الصلاح في ملك غير البائع لم يبد في ملكه فان كان في بستانين فلا عبرة به قطعا»^(١).

ويقول الشافعي في الأم «وإذا لم يظهر في الحائط لم يحل بيعه وإن ظهر ذلك فيما حوله لأنه غير ماحوله»^(٢) وفي موطن آخر أظهر من ذلك يقول «والحوائط تختلف بتهامة ونجد فيستأخر إهار كل بلد بقدر حرها ويردها وما قدر الله تعالى من إهانتها فمن باع حائطاً منها لم يؤثر فشمه للمبتاع وإن أبر غيره لأن حكمه به لا يغيره. وكذا لا يباع منها شيء حتى يبدو صلاحه وإن بدا صلاح غيره ، وسواء كان نخل الرجل قليلاً أو كثيراً إذا كان في حظار واحد أو بقعة واحدة في غير حظار ، فبدا صلاح واحدة منه حل بيعه. ولو كان إلى جنبه حائط له آخر أو لغيره فبدا صلاح حائط غيره الذي هو إلى جنبه لم يحل بيع ثمر حائطه بحلول بيع الذي إلى جنبه»^(٣).

وحجة الشافعية في ذلك السنة والمعنى:

(أولاً: السنة: .

١- أن النبي - ﷺ - «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها»^(٤)، وجه الدلالة كما يقول العمراني «وإذا باع ثمرة البستان التي لم يبد فيه الصلاح فقد باع الثمرة قبل بدو صلاحها. ولأننا إنما جعلنا بدو الصلاح في بعض الجنس في حائط صلاحاً لجميع ذلك الجنس»^(٥) في ذلك الحائط لئلا يؤدي إلى الضرر بسوء المشاركة واختلاف الأيدي ، وهذا المعنى لا يوجد في

(١) الروضة ج٣ ص ٢١٢.

(٢) الأم ج٣ ص ٨٣ مجلد / ٢ باب بيع الأجال.

(٣) المصدر السابق ص ٤١ باب ثمر الحائط يباع أصله ، ص ٤٨ باب الوقت الذي يحل فيه

بيع الثمار. وراجع مصادر الشافعية التي سبق ذكرها بالهامش في أول المذهب.

(٤) سبق تخريجه بالنص الحاكم، ص ٧١.

(٥) راجع ما سبق عندهم في اتحاد الجنس في البستان الواحد.

بساتين فلم يصح»^(١) وعبارة ابن الصباغ في هذا «إذا ثبت هذا فانما يتبعه ما كان معه في البستان ، وأما بستان آخر فلا يتبعه في جواز البيع وبه قال أحمد ... ودليلنا: أنه إنما جعل مالم يبد صلاحه بمنزلة ما بدا صلاحه لما في ذلك من اشتراك الأبدى والضرر به فما كان في قراح آخر وجب أن يعتبر بنفسه»^(٢).

٢- أن النبي - ﷺ - «نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة»^(٣).

قال الماوردي «والثمرة لا تنجو من العاهة بصلاح غيرها حتى تصلح هي في نفسها»^(٤).

ثانيه المعنى :

١- أنه إنما جاز في الحائط الواحد إذا بدا صلاح بعضه لأنه يتساوى في السقى والعمارة التي يتعجل الصلاح بها ويتأخر آخر بعدمها ، وثمار البساتين لا تتساوى في السقى والعمارة بل تختلف فاختلف لذلك زمان صلاحها. قاله الماوردي^(٥) ثم إن للبقعة تأثيرا في إدراك الثمار فمن البقاع ما يتعجل ومنها ما يتأخر^(٦) وقد سبق تنويه الأمام الشافعى في هذا الصدد.

(١) «ولا يجوز أن يبيع مالم يبد فيه الصلاح من ذلك الجنس في حائط آخر ... هذا مذهبنا وبه قال أحمد رحمه الله عليه دليلنا ... أنه نهى عن بيع الثمار حتى يبد صلاحها. وإذا باع ثمرة البستان التي لم يبد فيه الصلاح ... الخ» البيان ص ١٥٨ - ١٦٠.

(٢) الشامل ص ٢٩٤.

(٣) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٢٣ ، وانظر تنمة الابهانة ج٤ ورقة ١٦٤.

(٤) الحاوى السابق.

(٥) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٢٣.

(٦) تنمة الابهانة ج٤ ورقة ١٥٤ ، أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٢ ، تحفة المحتاج وحاشية الشروائى ج٤ ص ٤٥٨ ، شرح جلال المعلى ج٢ ص ٢٣٢ ومعه حاشية قليوبى وحاشية عميرة.

٢- أن المنع من بيع مالم يبد صلاحه حيث لم يجعل تبعا فى البدو لما بدا صلاحه عند تعدد البساتين - هذا المنع لا يؤدى إلى الضرر بسوء المشاركة يقول الشيرازى «ولا يجوز أن يبيع مالم يبد فيه الصلاح من جنس آخر ، ولا مالم يبد فيه الصلاح من ذلك الجنس من حائط آخر ، لأن المنع من ذلك لا يؤدى إلى الضرر بسوء المشاركة»^(١).

٣- يذكر ابن رشد مذهب الشافعى ويستدل له ثم يعترض عليه فيقول «وقال الشافعى: لا يجوز إلا بيع نخل البستان الذي يظهر فيه الطيب فقط. ... والشافعى اعتبر نقصان خلقة الثمر ، وذلك أنه إذا لم يطب كان من بيع مالم يخلق ، وذلك أن صفة الطيب فيه وهى مشترأة لم تخلق بعد ، لكن هذا كما قال: لا يشترط فى كل ثمرة بل فى بعض ثمرة جنة^(٢) واحدة ، وهذا لم يقل به أحد»^(٣).

وهذا الموطن قد خالف فيه الشافعية المالكية^(٤).

ب- وإن اتحد المالك فهل يعتبر بدو صلاح جنس فى بستان بدوا لصلاح ذلك الجنس فى غيره من البساتين ومن ثم يجوز بيعه معه؟.

وجهان للشافعية كما فى بيع بستانين له أبر أحدهما دون الآخر.

الوجه الأول: وهو المذهب: أنه يفرد كل بستان بحكمه. والمعنى انه لا يعتبر بدو الصلاح فى أحدهما بدوا للصلاح فى الآخر ، ومن ثم فانه لا يجوز بيعه معه.

(١) المذهب ج١ ص ٢٨١.

(٢) الجنة بالفتح: الحديقة ذات الشجر ، وقيل: ذات النخل. والجمع جنات على لفظها ،

وجنان أيضا. المصباح المنير ج١ ص ١١٢ كتاب الجيم.

(٣) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣١.

(٤) راجع مذهب المالكية بند / ٢ ، إذا اتحد النوع فى البستان أو فى البساتين.

وحجة ذلك: أن انفراد كل واحد منهما بشمرة حائط لا يؤدي إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي فاعتبر كل واحد منهما بنفسه^(١) ولو تقاربا وتلاصقا مادام قد تميز أحدهما عن الآخر كما قاله الشيخ أبو حامد^(٢) ولأن من شأن اختلاف البقاع اختلاف وقت البدو للصالح^(٣).

الوجه الثاني: هما كالبستان الواحد سواء تباعدا أو تلاصقا فبدو صلاح جنس في بستان بدوا لصلاحه في غيره لافرق بين أن يكون البستانين متباعدين أو متقاربين.

كذا قال الرافعي: قال في المطلب: لكن بشرط أن يكونا في إقليم واحد في مكان طبعه واحد^(٤).

والوجه الأول يخالف المالكية والوجه الثاني يوافقهم.

أقول: ولما كان الأصح هو المنع فإن أكثر الفقهاء لم يذكروا غيره. يقول الشاشي «فإن بدا الصلاح في بعض الجنس في حائط فباع ما لم يبد صلاحه ... وإنما يتبعه ما كان معه في البستان. فأما ما كان في حائط آخر فلا يتبعه في جواز البيع وبه قال أحمد»^(٥). ويقول ابن الصباغ «... إذا ثبت هذا فإنما يتبعه ما كان معه في البستان، وأما بستان آخر فلا يتبعه في جواز البيع وبه قال أحمد ...»^(٦)، ويقول الشيرازي «ولا يجوز أن يبيع

(١) المهذب ج١ ص ٢٧٩ ، روضة الطالبين ج٢ ص ٢٠٧ ، الحاوي الكبير ج٦ ص ١٩٧ ، وأيضاً الأدلة التي سبق ذكرها فيما لو تعدد الملك.

(٢) البيان ورقة ٧١.

(٣) تحفة المحتاج وحاشية الشرواني ج٤ ص ٤٥٨ ، شرح جلال المعلى وحاشية قليوبي وحاشية عميرة ج٢ ص ٢٣٢ ، هامش روضة الطالبين ج٢ ص ٢٠٧ ، الأم ج٢ ص ٤١ مجلد ٢ / ، الحاوي الكبير ج٦ ص ١٩٧.

(٤) روضة الطالبين ج٢ ص ٢٠٧ ولاحظ المحقق بالهامش.

(٥) حلية العلماء ج٢ ص ٥٥٠.

(٦) الشامل ص ٢٩٣ ، ٢٩٤.

مالم يبد فيه الصلاح من جنس آخر ، ولا مالم يبد فيه الصلاح من ذلك الجنس من حائط آخر»^(١) ، ويقول العمراني «ولا يجوز أن يبيع مالم يبد فيه الصلاح من ذلك الجنس في حائط آخر ... هذا مذهبا وبه قال أحمد»^(٢) .

وعلى هذا فإنه كما يقول الماوردي: لو كان له حائطان فبدا صلاح أحدهما دون الآخر فباعهما معا في عقد واحد لزم اشتراط القطع فيما لم يبد صلاحه دون الآخر.

وإن باعهما على الإطلاق بطل البيع فيما لم يبد صلاحه ، وفي بطلان البيع فيما بدا صلاحه قولان من تفريق الصفقة^(٣) .

شروط تبعية مالم يبد صلاحه لما بدا صلاحه:

وضع الشافعية شروطا لجواز بيع مالم يبد صلاحه مع ما بدا صلاحه على الأصح عندهم وهي كالآتي:

- ١- اتحاد الحمل.
 - ٢- اتحاد الجنس لا النوع.
 - ٣- اتحاد البستان.
 - ٤- اتحاد العقد.
 - ٥- اتحاد المالك زاده بعضهم وبعضهم استغنى عنه باتحاد العقد^(٤) .
- فان تخلف واحد من هذه فلا تبعية.

جاء في التحفة «فلا يتبع مالم يبد ما بدا إلا إن اتحد الجنس وإن اختلف النوع ، واتحد البستان ، والعقد ، والحمل. فان اختلف واحد من هذه

(١) المهذب ج١ ص ٢٨١ .

(٢) البيان ص ١٥٨ .

(٣) الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٣٣ .

(٤) انظر في هذا شرح جلال المحلي وحاشية قليوبي ج٢ ص ٢٣١ ، تحفة المحتاج وحاشيتي الشرواني والعبادي ج٤ ص ٤٥٧ ، ٤٥٨ .

لم يصح فيما لم يبد صلاحه إلا بشرط قطعه»^(١)، وفي قليوبى «ويكفى بدو صلاح بعضه وإن قل كشمرة فى بستان بشرط اتحاد العقد والجنس والبستان والحمل»^(٢).

وفى الأسنى «فرع. بدو الصلاح فى شجرة ولو فى حبة يستتبع الكل إذا اتحد الأسنى ، والعقد ، والجنس. فيتبع مالم يبد صلاحه مابدا صلاحه إذا اتحدا فيها الثلاثة»^(٣).

وفى الروضة يقول النووي «... حتى ان الأصح أنه لا تتبعية عند الافراد ، وأنه لا أثر لاختلاف النوع ، وأنه لا يتبع بستان بستانا ولو بدا الصلاح فى ملك غير البائع ولم يبد فى ملكه فان كانا فى بستانين فلا عبرة به قطعا ، وكذا إذا كانا فى بستان واحد على الأصح»^(٤).

نقطة المذهب: ومذهب الشافعى ذكره الحافظ فى الفتى ، والشوكانى فى نيل الأوطار ، وابن رشد فى بداية المجتهد ، وابن قدامة فى المغنى والشرح وابن جزى فى القوانين^(٥) بينما الصنعانى أبدل مذهب الشافعى برواية عن الامام أحمد: يقول الصنعانى «اختلف السلف فى المراد ببدا الصلاح على ثلاثة أقوال. الأول: ... والثانى ... والثالث: أنه يعتبر الصلاح فى تلك الشجرة المبيعة وهو قول الشافعية»^(٦)، والحقيقة أن هذه رواية فى مذهب الحنابلة كما ذكر الحافظ والشوكانى»^(٧).

(١) تحفة المحتاج السابق ص ٤٦٧.

(٢) حاشية قليوبى ومعها حاشية عمرة ج ٢ ص ٢٣٦.

(٣) أسنى الطالب ج ٢ ص ١٠٤.

(٤) روضة الطالبين ج ٣ ص ٢١١ ، ٢١٢.

(٥) فتح الباري ج ٤ ص ٤٦٣ ، نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٥٩ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣١.

(٦) المغنى ج ٤ ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٢٩٠ - ٢٩٧ ، القوانين الفقهية ص ٢٢٤.

(٧) سبل السلام ج ٢ ص ٤٦.

(٨) راجع نصهما فى أول البحث.

مذهب الحنابلة :

من النصوص الحاوية لروايات المذهب نص الانصاف ، والمغنى والشرح ، وشرح الزركشى ونختار من هذه النصوص الآن نص الانصاف لكونه أكثر شمولاً . يقول المرداوى « وصلاح بعض ثمر الشجرة صلاح لجميعها بلا نزاع أعلمه . وهو أن يبدو الصلاح فى بعضه ، على الصحيح من المذهب وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب ، واختاره ابن أبى موسى ، وأبو الخطاب وغيرهما . وقدمه فى الفرع . ونقل حنبل إذا غلب الصلاح . وجزم به فى المحرر فى النوع . وقاله القاضى ، وأبو حكيم النهروانى وغيرهم فيما إذا غلب الصلاح فى شجرة . قال فى الرعاية والحاوى إذا بدا الصلاح فى بعض النوع جاز بيع بعض ذلك النوع فى إحدى الروايتين . وإن غلب جاز بيع الكل . نص عليه . وهل يكون صلاحاً لسائر النوع الذى فى البستان؟ .

على روايتين . وأطلقهما فى التلخيص والهداية ، والمذهب والمستوعب ، والحاوى الكبير والزركشى . أحدهما : يكون صلاحاً لسائر النوع الذى فى البستان . وهو المذهب . نص عليه ^(١) ، وعليه أكثر الأصحاب ، وصححه فى التصحيح ، والنظم ، وجزم به فى الوجيز وغيره .

قال الزركشى : هذا اختيار الأكثرين ، وقدمه فى الكافى ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق . قال المصنف والشارح : أظهرهما يكون صلاحاً . واختاره ابن حامد ، وابن أبى موسى ، والقاضى وأصحابه وغيرهم . والرواية الثانية : لا يكون صلاحاً له . فلا يباع إلا ما بدا صلاحه . قال الزركشى : هى أشهرهما ، واختاره أبو بكر فى الشافى ، وابن شاقلا فى تعليقه ، ثم قال « تنبيهات : أحدهما : مفهوم كلام المصنف : أنه لا يكون صلاحاً للجنس من ذلك البستان . وهو صحيح ، وهو المذهب . وعليه أكثر

الأصحاب. منهم القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم ، وجزم به فى الوجيز ، وغيره ، وقدمه فى الفروع ، وغيره. قال الزركشى: اختاره الأكثرون. وقال أبو الخطاب: يكون صلاحا لما فى البستان من ذلك الجنس ، فيصح بيعه. قاله الزركشى ، وقال: هذا ظاهر النص ، وجزم به فى المنور ، واختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب. الثانى: مفهوم كلامه أيضا: أن صلاح بعض نوع من بستان لا يكون حاصلًا لذلك النوع من بستان آخر ، وهو الصحيح. وهو المذهب. قال المصنف والشارح: هذا المذهب. قال فى الفائق: هذا أصح الروايتين ، وجزم به فى الوجيز وغيره^(١). وعنه أن بدو الصلاح فى شجرة من القراح يكون صلاحا له ولما قاربه وأطلق فى الروضة فى البستانين روايتين. الثالث. ليس صلاح بعض الجنس صلاحا لجنس آخر بطريق أولى على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب. وقطعوا به. وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: صلاح جنس فى الحائط صلاح لسائر أجناسه فيتبع الجوز التوت. والعلة عدم اختلاف الأيدي على الثمر. قاله فى الفائق قال فى الفروع: واختار شيخنا بقية الأجناس التى تباع عادة كالنوع» ثم قال «فائدة: لو أفرد مالم يبد صلاحه مما بدا صلاحه وباعه لم يصح على الصحيح من المذهب ، قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم. وقيل: يصح ، وهو احتمال فى المغنى ، والشرح ، وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والزركشى ، والحاويين ، والفائق ، وهما وجهان فى المجرى»^(٢).

(١) المصدر السابق ص ٧٩.

(٢) المصدر السابق ص ٨٠ ، وانظر. المغنى ج٤ ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٨٩ : ٢٩٥ ، وشرح الزركشى ج٢ ص ٥٠٤ : ٥٠٧ ، وكشاف القناع ج٢ ص ٢٨٧ ، والروض المربع وعليه حاشية العنقرى ج٢ ص ١٣٤.

واليك التوضيح والبيان عند المناهضة.

١- المعتبر بدو صلاح البعض:

الصحيح من مذهب المناهضة وظاهر كلام كثير من الأصحاب واختيار ابن أبي موسى وأبي الخطاب وغيرهما أن بدو صلاح البعض من الثمر هو المعتبر في جواز البيع. لكن في رواية حنبل: المعتبر غلبة الصلاح. وجزم به في المحرر في النوع. وقال به القاضي وأبو حكيم النهرواني وغيرهم فيما إذا غلب الصلاح في شجرة^(١).

٢- الزرع كالثمر في حكم بدو صلاح البعض:

يقول البهوتي «وإذا اشتد بعض حب الزرع جاز بيع جميع ما في البستان من نوعه أي نوع الحب المشتد كالشجرة إذا بدا صلاح بعضها كان صلاحا لجميع نوعها»^(٢)، وهذا يتفق مع الشافعية.

٣- في الشجرة الواحدة:

إذا بدا الصلاح في بعض ثمار الشجرة كان بدوا لصلاح جميع ثمرها. يقول الزركشي «تنبيهان: أحدهما: بدو الصلاح في شجرة صلاح لجميعها ، بلا خلاف أعلمه بين الأصحاب ، وكثير منهم يقول: رواية واحدة»^(٣) ويقول ابننا قدامة «ولا يختلف المذهب أن بدو الصلاح في بعض ثمرة النخلة أو الشجرة صلاح لجميعها أعنى أنه يباح بيع جميعها بذلك ولا أعلم فيه اختلافا»^(٤)، وهذا يتفق مع المالكية والشافعية فهو كما يقول ابننا قدامة

(١) لاحظ نص الاتصاف السابق. وانظر شرح الزركشي ج٢ ص ٥٠٦.

(٢) كشف القناع ج٢ ص ٢٨٧ ، والمغنى ج٤ ص ٢٢٠ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٣٩ ، ٢٤٠.

(٣) شرح الزركشي ج٢ ص ٥٠٤.

(٤) المغنى ج٤ ص ٢٢٢ ، والشرح ج٤ ص ٢٨٩ ، وانظر كشف القناع ج٢ ص ٢٨٧ ، والروض المربع ج٢ ص ١٣٤ ، ولاحظ نص الاتصاف السابق أول المذهب.

«ولا أعلم فيه اختلافا».

وبدو صلاح البعض هو الصحيح خلافا لرواية حنبل وجزم بها البعض:
ان الاعتبار غلبة الصلاح كما تقدم.

٤- اتحاد الجنس في البستان الواحد:

الجنس في البستان الواحد. إما أن يكون نوعا واحدا ، وإما أن
تختلف أنواعه.

أ- إذا كان النوع واحدا فقد اختلف في صلاح بعض ذلك النوع هل
يكون صلاحا لسائر ذلك النوع في البستان؟ فيه ثلاث روايات ولم يذكر ابننا
قدامه إلا روايتين.

الرواية الأولى: لا يكون صلاحا له كما لا يكون صلاحا لقراح آخر.
وهذا اختيار أبي بكر في الشافى ، وابن شاقلا في تعاليقه. قال الزركشى
عن هذه الرواية في شرحه أنها أشهرهما عن الامام. ونقله المرداوى في
الانصاف. وعليها لا يجوز بيع إلا ما بدا صلاحه من أشجار النوع.

الرواية الثانية: يكون صلاحا لسائر النوع فيجوز بيعه جميعه.
وهو اختيار الأكثرين ابن أبي موسى ، وابن حامد ، والقاضى وأصحابه
وغيرهم. وقال ابننا قدامة: هي أظهر الروايتين. وقال المرداوى: وهو المذهب.

الرواية الثالثة: إن غلب الصلاح جاز بيع الكل «قال في الرعاية
والحاوي: إذا بدا الصلاح في بعض النوع جاز بيع بعض ذلك النوع في إحدى
الروايتين ، وإن غلب جاز بيع الكل. نص عليه» هكذا في الانصاف وشرح
الزركشى. وهى رواية حنبل وجزم به في المحرر في النوع^(١).

وحجة الرواية الأولى كما استدلل لها ابن شاقلا: قوله - ﷺ - «حتى

(١) انظر نص الانصاف أول المذهب. وشرح الزركشى ج ٢ ص ٥٠٥ ، ٥٠٦ .

يبدو صلاحه»^(١) وقال: وهو يقتضى صلاح الكل أي صلاح بعض كل الشجر
فى كل النوع بدلالة قوله تعالى ﴿كما بدأكم تعودون﴾^(٢)، فانه
يقتضى الكل لا البعض^(٣).

ويقول ابن قدامة «وهل يجوز بيع سائر ما فى البستان من ذلك
النوع؟ فيه روايتان ... وعنه: لا يجوز إلا بيع ما بدا صلاحه»^(٤) ثم يستدل
لهذه الرواية فيقول «وجه الثانية: إن مالم يبد صلاحه داخل فى عموم النهي،
ولأنه لم يبد صلاحه فلم يجز بيعه من غير شرط القطع كالجنس الآخر،
وكالذى فى البستان الآخر»^(٥).

وحجة الرواية الثانية: القياس على الشجرة الواحدة، إذ سوء
المشاركة والاختلاط موجود فى النوع كما فى النخلة الواحدة. هكذا فى
الزركشى^(٦).

ويقول البهوتى «وصلاح بعض ثمرة شجرة فى بستان صلاح لها أي
للشجرة وصلاح لسائر النوع الذى فى البستان الواحد، لأن اعتبار الصلاح
فى الجميع يشق كالشجرة الواحدة»^(٧).

ويقول ابن قدامة «وهل يجوز بيع سائر ما فى البستان من ذلك
النوع؟ فيه روايتان. أظهرهما جوازه وهو قول الشافعى ومحمد بن الحسن.
وعنه: لا يجوز إلا بيع ما بدا صلاحه»^(٨) هكذا قدم فى المغنى والشرح هذه

(١) سبق تخريجه بالنص الحاكم، ص ٧٤ وما بعدها.

(٢) سورة الأعراف جزأ من الآية: ٢٩.

(٣) شرح الزركشى ج ٢ ص ٥٠٤، وانظر فتح البارى ج ٤ ص ٤٦٣.

(٤) المغنى ج ٤ ص ٢٢٢، الشرح ج ٤ ص ٢٩٠، ٢٩١.

(٥) المغنى السابق ص ٢٢٣، والشرح السابق.

(٦) شرح الزركشى ج ٢ ص ٥٠٥.

(٧) كشف القناع ج ٢ ص ٢٨٧، الروض المربع ج ٢ ص ١٢٤.

(٨) المغنى ج ٤ ص ٢٢٢، الشرح ج ٤ ص ٢٩٠، ٢٩١.

الرواية على عكس الزركشى.

ثم يقول ابنا قدامة فى وجه هذه الرواية التى هى عندهما أظهر الروائتين « وجه الأولى: أنه بدا الصلاح فى نوعه من البستان الذى هو فيه فجاز بيعه جميعه كالشجرة الواحدة. ولأن اعتبار بدو الصلاح فى الجميع يشق ويؤدي إلى الاشتراك واختلاف الأيدي فوجب أن يتبع مالم يبد صلاحه من نوعه لما بدا على ما ذكرنا فيما أهر بعضه دون بعض»^(١).

أما عن الرواية الثالثة وهى أن المعتبر فى النوع غلبة الصلاح فلأن الكل له حكم الأغلب لاحكم مجرد البعض ، وأيضاً ظاهر نص الامام^(٢).

أقول: والرواية الأولى مخالفة للمالكية والشافعية. أما الرواية الثانية: فهي متفقة معهم ، وهى أيضاً قول محمد بن الحسن من الحنفية كما فى نص المغنى والشرح السابق.

(١) المغنى السابق ص ٢٢٣ ، والشرح السابق.

(٢) ذكر الزركشى نصان عول عليهما فقها ، المذهب.

أما الأول «ولانزع أن المذهب أن صلاح الجنس لا يكون صلاحاً لجنس آخر ، وكذلك صلاح نوع من بستان لا يكون صلاحاً لنوع آخر من بستان آخر ، وعنه أن بدو الصلاح فى شجرة من القراح صلاح له ولما قاربه» شرح الزركشى ج ٣ ص ٥٠٥.

وأما الثانى «نص أحمد فى الرواية الأولى: إذا أهر بعضه وبعضه أخضر ، يباع الذى بلغ ، وهذا يشمل النخلة والنخلات ، لكن القاضى قال: يجب أن يحمل هذا على أنه لا يكون صلاحاً لنخلة أخرى ، أما النخلة فيكون صلاحها لها رواية واحدة. ونصه فى الثانية: فى بستان بعضه بالغ وبعضه غير بالغ: بيع إذا كان الأغلب عليه البلوغ. فمن القائلين بالرواية الثانية ، من قصر الحكم على الغلبة كالقاضى فى تعليقه ، وأبى حكيم النهروانى ، وأبى البركات ، تبعاً لهذا النص ، ومنهم من سوى بين القليل والكثير ، كابن أبى موسى مصرحاً به ، وأبى الخطاب وغير واحد ، تبعاً -والله أعلم- للنص المحكى أخيراً. ويتلخص فى المسألة ثلاث روايات .

والثالثة: الفرق بين الغلبة وغيرها. ثم كلا النصين اللذين حكم فيهما الامام بالصلاح يشملان النوع ، والجنسين ، كما بقول أهر الخطاب ، عكس المشهور» شرح الزركشى ج ٣ ص ٥٠٦.

ب- إذا اختلف النوع فى البستان كما فى بستان من البلع فيه برنى ومعقل فبدا صلاح بعض البرنى فهل يكون صلاحا للمعقل فيباع معه؟. وجهان.

الوجه الأول: لا يكون صلاحا وبه قال القاضى وابن عقيل وأبو محمد^(١) والأكثر. وصححه المرداوي وقال: وهو المذهب.

الوجه الثانى: يكون صلاحا وبه قال أبو الخطاب ، قال الزركشى: وهو ظاهر النص^(٢). وجزم به فى المنور ، واختاره ابن عبدوس فى تذكرته^(٣).

وحجة الوجه الأول: أن الأنواع تتباعد ويتميز بعضها عن بعض ولا يخشى اختلاطها.

يقول البهوتى «ولا يكون صلاح ثمر شجرة أو بعضها صلاحا لساير الجنس الذي فى البستان. لأن الأنواع تتباعد ويتميز بعضها عن بعض ولا يخشى اختلاطها»^(٤).

ويقول ابنا قدامة «فأما نوع آخر من ذلك الجنس فقال القاضى: لا يتبعه وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى» وفى حجته قالا «لأن النوعين قد يتباعد إدراكهما فلم يتبع أحدهما الآخر فى بدو الصلاح كالجنسين»^(٥).

وحجة الوجه الثانى «أن الجنس الواحد يضم بعضه إلى بعض فى إكمال النصاب فى الزكاة فيتبعه فى جواز البيع كالنوع الواحد»^(٦).

(١) هو ابن قدامة صاحب المغنى.

(٢) شرح الزركشى ج ٢ ص ٥٠٥ ، وانظر النص الأول بهامش سابق.

(٣) أنظر نص الانصاف أول المذهب.

(٤) كشف القناع ج ٣ ص ٢٨٧ ، الروض المربع ج ٢ ص ١٣٤.

(٥) المغنى ج ٤ ص ٢٢٣ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٢٩٢ ، ٢٩٣.

(٦) المصدرين السابقين.

ونوقش من ابني قدامة بقولهما «والأول أولى لأن النوعين قد يتباعد إدراكهما فلم يتبع أحدهما الآخر في بدو الصلاح كالجنسين ، ويخالف الزكاة فان القصد هو الغنى من جنس ذلك المال لتقارب منفعته وقيام كل نوع مقام النوع الآخر في المقصود. والمعنى ها هنا هو تقارب إدراك أحدهما من الآخر، ودفع الضرر الحاصل بالاشتراك واختلاف الأبدى ، ولا يحصل ذلك في النوعين فصار في هذا كالجنسين»^(١).

أقول: والوجه الأول هو وجه عند الشافعية صححه الشاشي في الحلية.

والوجه الثاني: هو قول المالكية ، وأصح الوجهين عند الشافعية كما في الروضة ، وحاشية الشرواني. وقد تقدم في المذهبين.

وذكر ابننا قدامة أن محمدا بن الحسن من الحنفية يقول في اختلاف النوع «ما كان يتأخر إدراك البعض تأخيرا كثيرا فالبيع جائز فيما أدرك ولا يجوز في الباقي»^(٢).

أقول: وقول محمد بن الحسن يتفق ومشهور المالكية في البستان الواحد ان اتحد جنسه واختلفت أنواعه.

٥- اختلاف الجنس في البستان الواحد:

يعلم مما تقدم أن صلاح الجنس في البستان لا يكون صلاحا لجنس آخر فيه فصلاح الرطب لا يكون صلاحا للعنب ومن ثم فالعنب لا يتبعه في البيع.

هذا هو الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب وقطعوا به كما في الانصاف. وفي شرح الزركشي كما في النص «ولا نزاع أن المذهب أن صلاح

(١) المغنى السابق ، والشرح السابق ص ٢٩٤ ، ٢٩٥.

(٢) المغنى ج٤ ص ٢٢٣ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٩٢ ، ٢٩٣.

الجنس لا يكون صلاحاً لجنس آخر...»^(١).

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله: صلاح جنس في الحائض صلاح لسائر أجناسه فيتبع الجوز التوت. والعلة عدم اختلاف الأيدي على الثمر قاله في الفائق. قال في الفروع: واختار شيخنا بقية الأجناس التي تباع عادة كالنوع^(٢) «قال ابن القيم رحمه الله تعالى في أعلام الموقعين: قال شيخنا رحمه الله تعالى: يجوز بيع البستان كله تبعاً لما بدا صلاحه سواء كان من نوعه أو لم يكن ، تقارب ادراكه أو تلاحق أو تباعد وهو مذهب الليث بن سعد»^(٣). وفي شرح الزركشي أنه يقول أبو الخطاب تبعاً لظاهر النص وهو خلاف المشهور «ثم كلا النصين اللذين حكم فيهما الإمام بالصلاح يشملان النوع ، والجنسين ، كما يقوله أبو الخطاب ، عكس المشهور»^(٤).

أقول: ومشهور مذهب الحنابلة يتفق ومشهور المالكية ، كما يتفق مع الشافعية^(٥).

أما ما ذهب إليه الشيخ تقي الدين ومن نحاه نحوه من الحنابلة فهو كقول ابن رشد المالكي.

٦- البستان المجاور لما بدا فيه الصلاح:

إذا كان النوع واحداً في بستانين أو أكثر فبدا الصلاح في أحدهما فهل يكون بدوا لصلاح ما جاوره من البساتين؟ روايتان.

(١) الانصاف ج ٥ ص ٨٠ وتقدم نصه أول المذهب ، شرح الزركشي ج ٣ ص ٥٠٥ ، وانظر النص الأول عنه بهامش سابق.

(٢) الانصاف السابق.

(٣) حاشية العنقري على الروض ج ٢ ص ١٣٤.

(٤) شرح الزركشي، ج ٣ ص ٥٠٦.

(٥) ونقله من الشافعية العمراني في البيان ، وابن الصباغ في الشامل ، والشاشي في الحلية وشيأتى في نقلة المذهب.

أحدهما: أن بدو الصلاح فى شجرة من القراح صلاح له ولما قاربه.

الثانية: لا يكون بدوا لصلاح ما جاوره أو ما قاربه. وهو الصحيح وهو المذهب كما فى الانصاف ، والزركشى وغيرهما.

وأطلق فى الروضة فى البستانين روايتين كما فى الانصاف^(١).

وبلاحظ أن الروايتين لا فرق فيهما بين ما إذا كان البستان المجاور فى ملك صاحب البستان البادي فيه الصلاح أم لأجنبي.

وحجة الرواية الأولى: أن بدو الصلاح فى البستانين متقارب فأشبهها القراح الواحد ، ولأن المقصود الأمن من العاهة وقد وجد.

ونوقش من ابنى قدامة: بأنه منتقض بما لم يجاوره من ذلك النوع.

وحجة الرواية الثانية: أن الأصل اعتبار كل شئ بنفسه ، وإنما جعل مالم يبد صلاحه فى البستان الواحد بمنزلة ما بدا وتابعا له دفعا لضرر الاشتراك واختلاف الأبدى ، وما فى القراح الآخر لا يوجد فيه هذا الضرر فوجب أن لا يتبع كما لو تباعدا.

يقول ابن اقامة «فأما النوع الواحد من بستانين فلا يتبع أحدهما الآخر فى جواز البيع حتى يبدو الصلاح فى أحدهما متجاورين كانا أو متباعدين وهذا مذهب الشافعى ، وحكى عن أحمد رواية أخرى أن بدو الصلاح فى شجرة من القراح صلاح له ولما قاربه ، وبهذا قال مالك. لأنهما يتقاربان فى الصلاح فأشبهها القراح الواحد ، ولأن المقصود الأمن من العاهة وقد وجد ، والمذهب الأول لأنه إنما جعل مالم يبد صلاحه بمنزلة ما بدا وتابعا له دفعا لضرر الاشتراك واختلاف الأبدى ، وإلا فالأصل اعتبار كل شئ بنفسه وما

(١) شرح الزركشى ج ٣ ص ٥٠٤ ، ٥٠٥ ، الانصاف ج ٥ ص ٨٠ ، ولاحظ نصه أول المذهب.

فى القراح الآخر لا يوجد فيه هذا الضرر فوجب أن لا يتبع الآخر كما لو تباعدا ، وما ذكره ينتقض بما لم يجاوره من ذلك النوع»^(١).

أقول: والرواية الصحيحة وهي المذهب تتفق مع الشافعية إذا كان المجاور لأجنبى ، ومع الأصح إن اتحد الملك فيهما.

وأما الرواية الأخرى فهي تتفق مع المالكية ، ووجه للشافعية إن اتحد الملك فيهما.

٧- أفراد مالم يبد صلاحه بالبيع:

إذا بدا صلاح بعض النوع الواحد فى بستان فهل يجوز أفراد مالم يبد صلاحه بالبيع؟ وجهان كما فى الزركشى ، والمجرد وغيرهما - كما فى التأبير إذا أبر بعض الثمرة.

الوجه الأول: لا يجوز أفراده بالبيع. وهو الصحيح من المذهب كما فى الانصاف.

الوجه الثانى: يجوز أفراده بالبيع ، وهذا الوجه هو احتمال عند ابنى قدامه^(٢).

وحجة الوجه الأول كما فى المغنى والشرح وغيرهما: أن مالم يبد صلاحه داخل تحت عموم النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، خص منه صحة بيعه مع ما بدا صلاحه تبعا له دفعا لمضرة الاشتراك واختلاف الأيدي ، وهذا المعنى لا يوجد فى بيعه مفردا. ولأنه قد يدخل فى البيع تبعا ما لا يجوز أفراده كاللبن فى الضرع مع الشاة ، والتمر قبل بدو الصلاح مع الشجرة ، والزرع قبل بدو صلاحه مع الأرض.

(١) المغنى ج٤ ص ٢٢٣ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٩٦ - ٢٩٨.

(٢) شرح الزركشى ج٣ ص ٥٠٦ ، ٥٠٧ ، الانصاف ج٥ ص ٨٠ وانظر نصه أول المذهب.

وحجة الوجه الثانى: أن الكل فى حكم ما بدا صلاحه ، ولأنه يجوز بيعه مع غيره فجاز بيعه مفردا كالذي بدا صلاحه.

يقول ابننا قدامة «ولو بدا صلاح بعض النوع الواحد فأفرد بالبيع مالم يبد صلاحه من بقية النوع من ذلك البستان لم يجز. لدخوله تحت عموم النهى ويقدر قياسه على الصورة المخصوصة من العموم وهي ما إذا باعه مع ما بدا صلاحه لأنه دخل فى جواز البيع تبعا دفعا لمضرة الاشتراك واختلاف الأيدى ولا يوجد ذلك ها هنا ولأنه قد يدخل فى البيع تبعا مالا يجوز^(١) إفراده كالثمرة التى تباع مع الأصل ، والزرع مع الأرض^(٢) ، واللبن فى الضرع مع الشاة. ويحتمل الجواز لأن الكل فى حكم ما بدا صلاحه ولأنه يجوز بيعه مع غيره فجاز بيعه مفرد كالذي بدا صلاحه»^(٣).

أقول: والوجهان عند الشافعية^(٤).

حكاية النقطة لمذهب الحنابلة: حكى الحافظ ، والشوكانى ، والصنعانى مذهب الامام أحمد كما ورد فى كتبهم «واختلف السلف هل يكفى بدو الصلاح فى جنس الثمار حتى لو بدا الصلاح فى بستان من البلد مثلا جاز بيع جميع البساتين ، أو لا بد من بدو الصلاح فى كل بستان على حدة ، أو لا بد من بدو الصلاح فى كل جنس على حدة ، أو فى كل شجرة على حدة؟ على أقول ... والثانى قول أحمد ... والرابع: رواية عن الامام أحمد»^(٥).

(١) «مالا يجوز» هكذا فى الشرح وهو الصواب. وفى المغنى «مايجوز» وهو تصحيف.

(٢) والمقصود الثمر قبل بدو الصلاح ، وكذلك الزرع قبل بدو صلاحه. فلا يجوز البيع فيهما مفردا إلا بشرط القطع ، ويجوز بدون شرط القطع إذا بيعا مع أصلهما.

(٣) المغنى ج٤ ص ٢٢٣ ، والشرح ج٤ ص ٢٩٩ . ٣٠٠ . وانظر فى دليل الوجه الصحيح أيضا كشف القناع ج٣ ص ٢٨٧.

(٤) راجع نفس المسألة فى مذهب الشافعية السابق.

(٥) فتح البارى ج٤ ص ٤٦٣ ، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٥٩ ، سبل السلام ج٣ ص ٤٦.

وعن حكم اختلاف الجنس فى البستان ، وحكم البستان المجاور يحكى بعض الشافعية مذهب أحمد فيقول « ولا يجوز أن يبيع مالم يبد فيه الصلاح من ذلك الجنس فى حائط آخر ، ولا مالم يبد فيه الصلاح من جنس آخر فى ذلك الحائط. هذا مذهبنا ، وبه قال أحمد رحمة الله عليه »^(١) وهو نقل صحيح لأصح الروايات فى مذهب الإمام أحمد.

مذهب الظاهرية :

يذكر ابن جزى المالكي مذهب أهل الظاهر. ومفاده أنهم يجيزون بيع ثمار البستان وإن اختلف الجنس إن بدا الصلاح فى أحدهما. يقول فى معرض مقارنته بمذهب مالك « ... ولا يجوز بيع صنف لم يبد صلاحه ببد. صلاح صنف آخر كالبستان يكون فيه عنب ورماني ، فلا يجوز بيع الرمان حتى يبدو صلاحه خلافا للظاهرية »^(٢) ، وهو نقل صحيح لابن حزم تفصيل نذكره من واقع نصه فى المحلى.

١- المعتبر عند ابن حزم بدو صلاح البعض ، ويصدق عنده ولو بحبة كما عند الشافعية.

٢- لم يتعرض ابن حزم للبستان المجاور لما بدا فيه الصلاح.

٣- يفرق ابن حزم بين النخل والعنب ، وبين سائر الثمار.

فلو كان فى البستان كمثرى وتفاح وخوخ ، وعنب ، وبلح. فإن بدو الصلاح فى الكمثرى بدوا للصلاح فى التفاح والخوخ وسائر الثمار غير العنب والبلح فإن العنب والبلح ورد بهما نص خاص فلا بد من بدو صلاح كل منهما فى نفسه لكى يجوز بيعه.

(١) العمرانى فى البيان ص ١٥٨ ، ١٥٩ ، وانظره لابن الصباغ فى الشامل ص ٢٩٤ ، والشاشي فى حلية العلماء ج ٢ ص ٥٥٠ ، ٥٥١ .

(٢) القوانين ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، والصنف يعنى الجنس بدلالة المثال المذكور. «عنب ورماني».

٤- اذا أفرد مالم يبد صلاحه بالبيع كان البيع باطلا ، فلكى يتبع ما بدا صلاحه لا بد من وحدة العقد .

٥- يذكر ابن حزم أن قوله فى غير العنب والبلح هو قول الليث بن سعد .

واللهك نص ابن حزم فى قوله ودليله:

يقول « فان كان فى حائط أنواع من الثمار من الكمثرى ، والتفاح ، والخوخ وسائر الثمار . فظهر صلاح شي منها من صنف^(١) دون سائر أصنافه : جاز بيع كل ما ظهر من أصناف ثمار ذلك الحائط ، وإن كان لم يطب بعد إذا بيع كل ذلك صفقة واحدة . فاذا أراد بيعه صفقتين لم يجز بيع مالم يبد فيه شي من الصلاح ، وإن كان قد بدا صلاح ذلك الصنف بعد » ثم يعقب ذلك مباشرة بحكم العنب والنخل فيقول « حاشا قمر النخل والعنب فقط ، فانه لا يجوز بيع شئ منه لا وحده ولا مع غيره إلا حتى يزهى ثمر النخل ، ويبدأ سواد العنب أو طيبه »^(٢) . ثم يستدل ابن حزم لمذهبه على الوجه التالى :-

دليل اعتبار الصلاح فى البعض « برهان ذلك : نهى رسول الله - ﷺ -
عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها » .

قال : ولا يخلو هذا الصلاح الذى به يحل بيع الثمار بعد تحريره من أن يكون عليه السلام أراد به ابتداء ظهور الطيب فى شئ منه ، أو تناهى الطيب فى جميعه أو له عن آخره ، أو فى أكثره ، أو فى أقله ، أو فى جزء مسمى منه : كنصف أو ثلث أو ربع ، أو عشر ، أو نحو ذلك لا بد ضرورة من

(١) أي من جنس كما عند غيره بدليل المثال المذكور .

(٢) المحلى ج ٧ ص ٣٨٦ مسألة ١٤٧١ .

أحد هذه الوجوه»^(١).

ثم يبطل ابن حزم هذه الوجوه إلا بدو صلاح البعض وهو عنده يصدق ولو بصلاح حبة واحدة فيقول «فمن المحال الممتنع الذي لا يمكن أصلاً أن يريد عليه السلام أكثره ، أو أقله ، أو جزءاً مسمى منه ثم لا ينص على ذلك ولا يبينه ، وقد افترض الله عز وجل عليه البيان فلا سبيل إلى أن يكلفنا شرعاً لاندري ما هو ، لأنه كان يكون عليه السلام مخالفاً لأمر ربه تعالى له بالبيان ، وهذا مالا يقوله مسلم. وأيضاً: فإن ذلك كان يكون تكليفاً لنا ما لانطبقه من معرفة ما لم نعرف به ، وقد آمنتنا الله تعالى من ذلك بقوله ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾^(٢) ، فبطلت هذه الوجوه بيقين لا مرى فيه ، ولم يبق إلا وجهان فقط: أما ظهور الصلاح فى شىء منه وإن قل ، وإما عموم الصلاح لجميعه:-

فنظرنا فى لفظه عليه السلام فوجدناه «حتى بدو صلاحه» فصح أنه ظهور الصلاح ، وبصلاح حبة واحدة يطلق عليه فى اللغة أنه قد بدا صلاح هذه الثمرة. فهذا مقتضى لفظ رسول الله - ﷺ - . ولو أنه عليه السلام أراد صلاح جميعه لقال: حتى يصلح جميعه.

وأيضاً: فإن جميع الثمار يبدو صلاح بعضه ثم يتابع صلاح شىء شىء منه ، فلا يصح آخره إلا ولو ترك أوله لفسد وضاع بلا شك ، وقد نهى رسول الله - ﷺ - عن إضاعة المال^(٣).

وأيضاً: فلا نعرف أحداً قال هذا قديماً ولا حديثاً ، ولا زال الناس يتتابعون الثمار كل عام عملاً عاماً فاشياً ظاهراً بعلم رسول الله - ﷺ - ثم

(١) المصدر السابق.

(٢) سورة البقرة جزء من الآية: ٢٨٦.

(٣) سبق تخريجه، ص ١٧٤.

كذلك كل عام فى جميع أقطار أهل الاسلام ما قال قط أحد: أنه لا يحل بيع الثمر إلا حتى يتم صلاح جميعه حتى لا يبقى منه ولا حبة واحدة»^(١).

دليله على غير العنب والبلح: ثم يستدل على قوله فى سائر الثمار غير البلح والعنب مستأنسا بقول الليث فيقول «قال أبو محمد: فإذا الأمر كما ذكرنا فبيع ثمار الحائط الجامع لأصناف^(٢) الشجر صفقة واحدة بعد ظهور الطيب فى شئ منه: جائز. وهو قول الليث بن سعد. لأنه بيع ثمار قد بدا صلاحها ، ولم يقل الرسول - ﷺ -: أن ذلك لا يجوز إلا فى صنف واحد، ولو كان ذلك هو اللازم لما أغفل عليه السلام بيانه.

وأما إذا بيع الثمر صفقتين فلا يجوز بيع مالم يبد فيه شئ من الصلاح بعد ، سواء كان من صنف قد بدا الصلاح فى غيره أو من صنف آخر لأنه بيع ثمرة لم يبد صلاحها^(٣). وهذا حرام ، وإنما رد رسول الله - ﷺ - الضمير - وهو الهاء الذى فى «صلاحه» إلى الثمر المبيع المذكور فى الخبر بلا شك - فصح ما قلنا يقينا»^(٤).

دليله على العنب والبلح: يقول «وأما النخل والعنب فقد خصهما نص آخر ، وهو نهيه عليه السلام عن بيع ثمر النخل حتى تزهى أو تحمر ، وعن بيع العنب حتى يسود ، أو يبدو صلاحه بدخوله فى سائر الثمار - وإن كان مما لا يسود -. فلا يجوز بيع شئ من ثمار النخل والعنب إلا حتى يصير المبيع منهما فى حال الازهاء أو ظهور الطيب فيه نفسه بالسواد أو بغيره. وبالله تعالى التوفيق»^(٥).

(١) المحلى السابق ص ٣٨٧.

(٢) أي لأجناس كما عند غيره.

(٣) المحلى السابق.

(٤) المحلى السابق ص ٣٨٨.

(٥) المحلى السابق.

مذهب الليث بن سعد:

حكاية ابن حزم لمذهب الليث: يذكر ابن حزم أن قول الليث كقوله في غير العنب والبلح. ومعنى هذا أن الليث يكتفى يبدو صلاح البعض ولو حبة في جنس من أجناس البستان المختلفة فيجوز بيع البستان وإن اختلفت أجناسه بظهور الصلاح في بعض جنس من هذه الأجناس. فلو كان في البستان بلح ، وعنب ، ورماني ، وخوخ ، وتفتح مثلاً فبدأ الصلاح في حبة من التفتح فقط جاز بيع البستان جميعه . بشرط أن يكون في صفقة واحدة.

« قال أبو محمد: فإذا الأمر كما ذكرنا فبيع ثمار الحائط الجامع لأصناف الشجر صفقة واحدة بعد ظهور الطيب في شيء منه: جائز ، وهو قول الليث بن سعد. لأنه يبيع ثمار قد بدأ صلاحها ، ولم يقل الرسول - ﷺ -: أن ذلك لا يجوز إلا في صنف واحد ، ولو كان ذلك هو اللازم لما أغفل عليه السلام بيانه ... »^(١).

حكاية ابن رشد: يحكى ابن رشد مذهب الليث على وفق حكاية ابن حزم وأن ذلك مخالف لقول مالك « بقول مالك: أنه إذا كان في الحائط الواحد بعينه أجناس من الثمر مختلفة الطيب لم يبيع كل صنف منها إلا بظهور الطيب فيه ، وخالفه في ذلك الليث »^(٢).

حكاية الماوردي ومن وافقه: يحكى الماوردي مذهب الليث على وفق حكاية ابن حزم وابن رشد ، ووافقه في النقل الشاشي ، والعمراني ، وابن القيم.

يقول الماوردي « وقال الليث بن سعد: إذا بدأ صلاح جنس في ثمار

(١) راجع نص ابن حزم السابق في مذهبه واستثنائه بقول الليث بن سعد. وهو من المحلى ج ٧ ص ٣٨٧ مسألة ١٤٧١.

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٠.

الحائط ، جاز بيع جميع أجناس الثمار التى فى الحائط حتى إذا بدا صلاح النخل جاز بيع الكرم والفواكه»^(١).

ويقول الشاشى «وقال الليث: إذا بدا الصلاح فى جنس من الثمرة فى الحائط جاز بيع جميع أجناس الثمار فى ذلك الحائط»^(٢).

ويقول العمرانى «وقال الليث: إذا بدا الصلاح فى بعض الثمار كان بدو الصلاح فى جميع الثمار»^(٣). وفى حاشية العنقرى «قال ابن القيم رحمه الله تعالى فى أعلام الموقعين: قال شيخنا رحمه الله تعالى: يجوز بيع البستان كله تبعا لما بدا صلاحه سواء كان من نوعه أو لم يكن. تقارب إدراكه أو تلاحق أو تباعد ، وهو مذهب الليث بن سعد»^(٤).

هكذا نرى أن حكاية هؤلاء جاءت فى البستان الواحد المختلف الأجناس.

حكايات مخالفة لما سبق: يحكى الحافظ أن مذهب الليث كمذهب المالكية فى أن بدو الصلاح فى جنس من بستان بدوا لثمار بساتين البلد ، فيجوز بيع هذه البساتين وإن لم يبد فيها صلاح ، إلا أن المالكية يشترطون أن يكون الصلاح متلاحقا فيها. وتبعه فى هذا النقل الشوكانى ، والصنعانى إلا أن الصنعانى لم يذكر الفرق ، واعتبر قول الليث كقول المالكية تماما.

يقول الحافظ «هل المراد به جنس الثمار حتى لو بدا الصلاح فى بستان من البلد مثلا جاز بيع ثمرة جميع البساتين وإن لم يبد الصلاح فيها ، أو

(١) الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٣٢.

(٢) حلية العلماء ج٢ ص ٥٥١.

(٣) البيان ص ١٥٩.

(٤) حاشية العنقرى على الروض المربع ج٢ ص ١٣٤.

لاهد من بدو الصلاح فى كل بستان على حدة ، أو لاهد من بدو الصلاح فى كل جنس على حدة ، أو فى كل شجرة على حدة؟ على أقوال. والأول قول الليث ، وهو عند المالكية بشرط أن يكون الصلاح متلاحقا^(١) ، والنص بعينه نقله الشوكانى^(٢) وأما نص الصنعاني «اختلف السلف فى المراد ببدا الصلاح على ثلاثة أقوال. الأول: أنه يكفى بدو الصلاح فى جنس الثمار بشرط أن يكون الصلاح متلاحقا وهو قول الليث والمالكية»^(٣).

أقول: أما مذهب المالكية فقد سبق عرضه من واقع نصوص كتبهم المعتمدة ، وفقهاء المالكية أعرف بكلام إمامهم من غيرهم. وأما مذهب الليث فالصواب فيه عندي هو ما نقله ابن حزم وابن رشد وفقهاء الشافعية إذ هو نقل الأكثر. ولأن ابن رشد المالكي صرح بمخالفة الليث للإمام مالك.

دليل الليث: استدلل له ابن حزم . بأنه بيع ثمار قد بدا صلاحها ، ولم يقل الرسول - ﷺ -: أن ذلك لا يجوز إلا فى صنف «جنس» واحد ، ولو كان ذلك هو اللازم لما أغفل عليه السلام بيانه^(٤).

واستدل له الماوردى فقال «واستدل الليث بن سعد: بأنه لما لم يميز الجنس الواحد فى الصلاح اجماعا خوفا من سوء المشاركة واختلاف الأيدي ، لم تميز الأجناس المختلفة فى الصلاح حجاجا وخوفا من سوء المشاركة باختلاف الأيدي»^(٥) أي قياسا على الجنس الواحد.

(١) فتح البارى ج٤ ص ٤٦٣.

(٢) نيل الأوطار ج٦ ص ٢٥٩.

(٣) سبل السلام ج٢ ص ٤٦.

(٤) المحلى ج٧ ص ٣٨٧ مسألة ١٤٧١.

(٥) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٣٣.

المناقشة:

قال الماوردي: والدلالة عليه: ما روى عن النبي - ﷺ - «أنه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة»^(١) والثمرة لا تنجو من العاهة بصلاح غيرها حتى تصلح هي في نفسها^(٢).

ويقول العمراني «دليلنا على الليث: ما روى أن النبي - ﷺ - نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الزرع حتى يشتد»^(٣) ، فاعتبر كل واحد بنفسه^(٤).

ويقال لليث بن سعد: إنما جاز في الجنس الواحد إذا بدا صلاح بعضه لما يلحق من المشقة في تميزه ، ولم يجز في الأجناس المختلفة لارتفاع المشقة في تميزها^(٥).

مذهب الاباضية:

إذا نظرت في كتب الاباضية في هذا المسألة فريما تجد صعوبة في تحديد موقف المذهب واضحا ، ولن يكون واضحا إلا ما اختاره فقيه وصرح باختياره. فمثلا الثميني في النيل يعرض أقوالا ستة في المسألة ويعلق عليها أطفيش دون تصريح يكون هذه الأقوال للأصحاب في المذهب أم هي لعامة الفقهاء بغض النظر عن المذهب الذي ينتمي إليه القائل. ففي النيل يقول في حكم البيع بعد بدو الصلاح «وجاز بعد زهو وبدو صلاح عند الأكثر، والخلف في تفصيله»^(٦) فهل حتى تحمر وتصفروا؟ أو حتى تومن

(١) سبق تخريجه في النص الحاكم، ص ٧٥ ، ٧٦.

(٢) الحاوي الكبير السابق.

(٣) سبق تخريجه بالنص الحاكم، ص ٧٩.

(٤) البيان ص ١٥٩.

(٥) الحار بالكبير ج٦ ص ٢٣٣ ، وانظر البيان للعمراني ص ١٦٠.

(٦) أي الخلاف في بد الصلاح.

عاهتها ، أو حتى يطيب بعض كل شجرة ، أو حتى تدرك ويطيب قمر بعض الأشجار ، أو ولو ثمرة شجرة ، وذلك فى جنان وجنس من شجر أو حتى يطيب بعض ، وإن من غـيـر جنس؟ أقول ...» (١) ، ومثله ذكر الشماخى (٢) .

وبعد أن يعلق أطفيش على الشمينى ويذكر ما هو قريب من مذهب

- (١) النبيل لشمينى ص ١١٤ - ١١٦ مع ملاحظة شرحه .
 (٢) يقول الشماخى « وأما بيعها بعد أن تزهر فالجمهور على جوازه لما قدمناه من الأحاديث المتقدمة غير أن العلماء اختلفوا فى تفصيل ذلك . قال بعضهم: حتى تحمر وتبيض وتعرف بألوانها . والدليل على هذا القول قوله عليه السلام: وقد نهى عن بيع الثمار حتى تزهر قيل له: وما زهوها؟ قال: تحمر ، وقال آخرون: حتى يؤمن عليها من العاهة ، وذلك إذا أدركت وطابت كلها . والدليل على هذا القول ما روى أنه قال عليه السلام: من باع ثمرة نخل قبل أن تزهر فأصابته جائعة فهى من ماله ، ولم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق؟ ومنهم من يقول: إذا طاب بعض ثمر كل شجرة ولو لم يطب الكل فالبيع جائز . ومنهم من يقول: ولو لم يطب إذا أدركت وطابت ثمرة بعض الأشجار دون بعض فالبيع جائز ، ومنهم من يقول: ولو لم يطب إلا ثمرة شجرة واحدة فالبيع جائز ، وهذا فى جنان واحد من جنس واحد من الأشجار . ومنهم من يقول: بيع الفلة جائز إذا طاب بعضها وإن اختلفت الأشجار . ودليل هذه الأقوال حديث أبى سعيد الخدرى أنه - رحمه الله - : نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها . وبدو صلاحها يحتمل هذه الأقوال كلها .
 وقال بعضهم: إذا ذكرت وتبين الحب جاز بيعها . ودليل هذا القول قوله عليه السلام: من باع نخلة قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع . قالوا: لما جاز أن يشترطها المبتاع جاز بيعها مفردة ... » .

قال أبو صفة: القول الثانى وما يليه: أشد من الأول لأن الأول اشترط الزهو فقط ، وهذان يشترطان الطيب لكن الثانى يشترطه فى كل ، وما بعده يشترطه فى بعض كل شجرة . ومعلوم أن الطيب إما يكون بعد أن تحمر وتبيض وتعرف بألوانها . والظاهر أن المراد بالزهو عند صاحب القول الثانى: طيبها بحيث تؤمن العاهة بدليل آخر الحديث ، وإلا فظاهر الحديث يدل على أنها إذا بيعت بعد الزهو المعروف فى اللغة فلا ضمان على البائع . والقول الخامس « ولو لم يطب إلا ثمرة شجرة واحدة » والظاهر أن هذا أشد من الأول لأنه لا تقلب ثمرة شجرة فى الغالب إلا وقد أزها غيرها وعرف بألوانها إلا أن يكون أراد بالطيب هنا الزهو فيكون أرخص من الأول ، ويدل على هذا قوله بعد فى الاستدلال: حتى يبدو صلاحها والمراد باختلاف الأشجار أي فيما بينهما كالعنب فيما بينه ، والتين فيما بينه ، والنخيل فيما بينه ، ونحو ذلك فلا يباع النخل لأجل طيب العنب والتين مثلا . انظر. الايضاح وحاشية أبى ستة ج ٥ ص ٦١ : ٦٥ .

المالكية دون عزو ، يقول فى الأصح عنده «أصحها عندي أنه لا يجوز بيع ولا شراء مالم يحمر أو يصفر من النخل ، أو يبدو صلاحه من الشجر مطلقا إلا ما قل ، وكان الغالب عليه محمرا أو مصفرا أو بادي الصلاح وكان شائعا فيه ، فلا يجوز شراء أو بيع ثمرة شجرة أو نخلة احمر بعضها أو إصفر ، أو بدا صلاحه دون بعض إلا ان كان البعض الذي لم يكن كذلك قليلا شائعا ، ولم يكن قنوا^(١) على حدة. فيقتصر الشراء والبيع على ما كان كذلك ، ولو قل ، ويترك البعض الذي لم يكن كذلك ، وكان على حدة ، ولو كثر»^(٢).

ومعنى هذا أن أطفيش يرى أن كل شجرة معتبرة فى نفسها فلا تباع شجرة لم يبد فيها الصلاح تبعا لما بدا فيها الصلاح حتى ولو كانت من نوعها ، ولا تباع الشجرة التي بدا فيها الصلاح إلا إذا غلب على أكثر ثمارها الصلاح وكان مالم يبد صلاحه قليلا وشائعا. فان كان ما بدا صلاحه قنوا محددا جاز بيعه وحده.

وبهذا يرى أطفيش أنه لا يرد عليه اعتراض بفساد الحائط أو أكثره . يقول «فلا يرد علينا أن ذلك يؤدى إلى فساد الحائط أو أكثره ، وأن الله جلّ وعلا قد منّ علينا بأن الثمار لا تطيب دفعة ليطول زمان التفكه»^(٣).

أقول: وقول أطفيش هو رواية عن الامام أحمد وبوجه أخص رواية حنبل عنه فى اعتباره غلبة الصلاح^(٤).

أقول: وإلى هنا تنتهى بحول الله وقوته من عرض المسألة التي نحن بصدد حلها لدى المذاهب عرضا مفصلا مقرونا بالدليل كلما وجد. وإليك خلاصة

(١) القنو: العذق. والجمع القنوان . مختار الصحاح ص ٢٨٥ باب القاف ، المصباح المنير ج٢ ص ٥١٨ كتاب القاف.

(٢) شرح النيل ج٨ ص ١١٦.

(٣) شرح النيل السابق.

(٤) راجع مذهب الحنابلة. وانظر فتح الباري ج٤ ص ٤٦٣ ، ونيل الأوطار ج٦ ص ٢٥٩.

مقارنة.

خلاصة مقارنة للجمهور في حكم البيع إذا بدا صلاح البعض في الثمر والزرع^(١):

أولاً: المعتبر في جواز البيع في الثمار عند جمهور فقهاء المذاهب هو ظهور الصلاح في البعض وإن قل ، وصرح الشافعية وابن حزم الظاهري الاكتفاء بظهور الصلاح في حبة واحدة من بستان ، بينما الإمام أحمد في رواية حنبل اعتبر غلبة الصلاح وقال به بعض أصحابه في الشجرة الواحدة ، والبعض في النوع الواحد ، وغلبة الصلاح هو اختيار أطفيش من الإباضية.

ودليل الجمهور: أن الله تعالى امتن علينا فجعل الثمار لاتطيب دفعة واحدة إطالة لزمان التفكه فلو اعتبرنا في البيع طيب الجميع لأدى إلى أن لايباع شيء لأن السابق يتلف ، أو تباع الحبة بعد الحبة وفي كل منهما حرج^(٢) وقد أطال ابن حزم الظاهري في هذا ، وما قاله: فنظرنا في لفظه - ﷺ - فوجدناه «حتى يبدو صلاحه» فصح أنه ظهور الصلاح ، وصلاح حبة واحدة يطلق عليه في اللغة أنه قد بدا صلاح هذه الثمرة. فهذا مقتضى لفظ رسول الله - ﷺ -. ولو أنه عليه السلام أراد صلاح جميعه لقال: حتى يصلح جميعه^(٣).

(١) يلاحظ أن هذه الخلاصة قد لا تكون على نحو الترتيب السابق في كل مذهب على حدة من ناحية التقسيم أو من ناحية الأقوال والأوجه والروايات ، فقد نؤخر هنا ما قدمناه هناك ، والعكس صحيح.

(٢) أسنى المطالب وحاشية الرملی ج٢ ص ١٠٤ ، حاشية عميرة على شرح جلال المحلى ج٢ ص ٢٣٦ ، تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٧ ، الأم ج٢ ص ٤١ مجلد ٢ ، فتح الباري ج٤ ص ٤٦٣ ، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٥٩ ، سبل السلام ج٢ ص ٤٦ ، شرح النيل ج٨ ص ١١٦.

(٣) راجع نص ابن حزم مطولا في مذهبه السابق ذكره عن المحلى ج٧ ص ٢٨٧ مسألة ١٤٧١.

وقد حكى ابن رشد الاجماع على ذلك من فقهاء الأمصار فى الثمر الذى يشمر بطنا واحدة. يقول « أجمع فقهاء الأمصار على بيع الثمر الذى يشمر بطنا واحدا بطيب بعضه وإن لم تطب جملته »^(١). أما حكم ما يشمر بطونا فسيأتى حكم بيع البطن الثانى بظهور الصلاح فى البطن الأول.

ثانيا: الشجرة الباكورة، وهى التى يبدو فيها الصلاح لمرض ، فلا يباع غيرها لظهور صلاحها وإنما هى التى تباع اعتبارا لها فى نفسها وما مائلها مما جرت العادة أنها تمرض. هكذا صرح المالكية. وصرح أطفيش من الاباضية بخروجها على سائر الأقوال^(٢).

ثالثا: لم يفرق الجمهور بين الثمر والزرع فى بدو صلاح البعض بل صرح الشافعية بصحة بيع بستان الزرع ولو بدا فيه صلاح سنبله واحدة.

وفرق المالكية بينهما فلا يصح بيع الزرع إلا ببدا صلاح جميعه وحجتهم فى هذه التفرقة: أن حاجة الناس لأكل الثمار رطبة لأجل التفكه بها أكثر ، ولأن الغالب تتابع طيب الثمار وليست الحبوب كذلك لأنها للقول للالتفكه.

رابعا: كل شجرة فى البستان لها حكم نفسها فما ظهر فيها الصلاح يجوز بيعها وحدها دون غيرها حتى ولو كان من نوعها كأن كان فى البستان شجرتان من الكمثرى فبدا الصلاح فى واحدة منهما بيعت وحدها دون الأخرى الذى لم يبد فيها الصلاح. وبهذا قال الامام أحمد فى رواية ، شهرها

(١) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣٨ . وانظر نفس النص فى تهذيب الفروق ج٢ ص ٢٧٣ الفرق ١٩٣.

(٢) سبق هذا فى مذهب المالكية. وأما نص أطفيش « ... وما يخرج بهذا الشرط النخلة الباكورة والشجرة الباكورة ، فلا يعتبر بدو صلاحها فى غيرها بل فى نفسها ، ومثلها فقط ، وكذا تخرج فى سائر الأقوال » شرح النيل ج٨ ص ١١٥.

الزركشى واختارها بعض الأصحاب وبهذا قال أطفيش من الاباضية. فإذا بدا صلاح بعضها جاز البيع وإن قل ما بدا صلاحه منها هذا هو الصحيح عند الحنابلة وفي رواية حنبل لا يجوز البيع إلا إذا كان الصلاح فى أغلب ثمارها ، وبغلبة الصلاح قال أطفيش الاباضى. وعلى هذا إن لم يغلب الصلاح فإنه لا يجوز أن يباع منها إلا ما بدا صلاحه ، أو كان ما بدا صلاحه قنوا على حدة ، كعذق النخل أو عنقود العنب^(١).

وحجة ذلك: قوله - ﷺ - « حتى يبدو صلاحه » وهو يقتضى صلاح الكل أى صلاح بعض كل الشجر فى كل النوع بدلالة قوله تعالى ﴿ كما بدأكم تعودون ﴾ فإنه يقتضى الكل^(٢).

ولأن ما لم يبدو صلاحه داخل فى عموم النهى. ولأنه لم يبدو صلاحه فلم يحسن بيعه من غير شرط القطع كالجنس الآخر ، وكالذى فى البستان الآخر^(٣).

أقول: وهذا القول لم أجده إلا عند الحنابلة ، والاباضية.

خامساً: إذا اختلف الجنس فى البستان كأن كان فيه رمان ، ورطب ، وعنب ، ومشمش ، وهكذا فبدا صلاح الرمان مثلاً ، دون ما معه من بقية الأجناس فهل يعتبر بدو الصلاح فى جنس من بستان بدوا لصلاح غيره من أجناس هذا البستان؟ للفقهاء قولان:

القول الأول: لا يباع جنس يبدو الصلاح فى جنس آخر. وبه قال

(١) راجع مذهب الحنابلة والاباضية السابق ذكرهما.

(٢) شرح الزركشى ج٣ ص ٥٠٤ ، والآية من سورة الأعراف رقم: ٢٩ ، فتح البارى ج٤ ص ٤٦٣.

(٣) المغنى ج٤ ص ٢٢٣ ، والشرح ج٤ ص ٢٩٠ ، ٢٩١.

المالكية في مشهورهم. وهو قول الشافعية. والصحيح من مذهب الحنابلة وعليه جماهير الأصحاب. وقول للاباضية. وقول محمد بن الحسن من الحنفية كما في المغنى والشرح الكبير^(١).

القول الثاني: بدو الصلاح في جنس من بستان بدوا لصلاح سائر الأجناس فيه فيجوز بيع ثمار البستان جميعه صفقة واحدة ، وبه قال الشيخ تقي الدين من الحنابلة وأبو الخطاب منهم تبعاً لظاهر النص وهو خلاف المشهور. وهو أيضاً قول الليث بن سعد ، وقول ابن حزم الظاهري في غير العنب والبلح. وهو أيضاً قول ابن رشد المالكي إن كان مالم يطب تبعاً لما طاب^(٢).

الأدلة^(٣):

دليل القول الأول: استدل أصحاب القول الأول بالسنة والمعنى.

أما السنة: فما ثبت أن النبي - ﷺ - «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، وحتى تزهر. قيل: وما تزهر؟ قال: حين تحمر».

وما ثبت أنه «نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد»^(٤).

وجه الدلالة: أن الرسول - ﷺ - اعتبر كل جنس بنفسه بدليل أنه فرق في علامة بدو الصلاح لكل جنس ، وصرح بمنع بيع الجنس حتى توجد فيه

(١) انظر في قول محمد بن الحسن المغنى ج٢ ص ٢٢٣ ، والشرح الكبير ج٢ ص ٢٩٢ ،

٢٩٣ ، وراجع غيره فيما سبق من مذاهب.

(٢) راجع ما سبق في هذه المذاهب.

(٣) مع ملاحظة أن هذه الأدلة سبقت في مذهب المالكية والشافعية وابن حزم ، والليث كل بما استدل به.

(٤) سبق تخريبهما ، ص ٧٨ ، ٧٩.

علامته فلو كان يبدو الصلاح فى أحدهما بدوا لصلاح الجنس الآخر لما فرق بينهم^(١).

وأما المعنى: فلأن العلة من منع بيع الشمرة حتى يبدو صلاحها هى الخوف من أن تصيبها الآفة ، وحتى تكون معلومة الصفة برؤية ما طاب منها ، وقد علم تفاوت أجناس الثمار فى الطيب ، فإذا طاب بعضها لم يؤمن بذلك العاهة على غيرها مما يتأخر إبانته عن إبانها ، وإذا علم صفة بعضها يبدو الصلاح فى جنس لم يعلم بذلك صفة غيرها مما لم يبدو صلاحه فى الجنس الآخر^(٢).

ولأن المنع من ذلك لا يؤدى إلى الضرر بسوء المشاركة^(٣).

دليل القول الثانى: استدلل ابن حزم لمذهبه ومذهب الليث: بأنه بيع ثمار قد بدا صلاحها ، ولم يقل الرسول - ﷺ -: أن ذلك لا يجوز إلا فى صنف «جنس» واحد ، ولو كان ذلك هو اللازم لما أغفل عليه السلام بيانه^(٤).

واستدل الماوردي لمذهب الليث بما قاله الليث: من أنه لما لم يميز الجنس الواحد فى الصلاح إجماعا خوفا من سوء المشاركة واختلاف الأيدي ، لم تميز الأجناس المختلفة فى الصلاح حجاجا وخوفا من سوء المشاركة باختلاف الأيدي^(٥).

(١) المنتقى ج٤ ص ٢٢٠ ، البيان ص ١٥٩ .

(٢) المنتقى السابق ، تنمة الإبانة ج٤ ورقة ١٦٤ .

(٣) المذهب ج١ ص ٢٨١ .

(٤) المحلى ج٧ ص ٣٨٧ مسألة ١٤٧١ .

(٥) المحارى الكبير ج٦ ص ٢٣٣ .

المناقشة :

١- نوّش بما روى عن النبي - ﷺ - أنه «نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة»^(١) والثمرة لاتنجو من العاهة بصلاح غيرها حتى تصلح هي في نفسها^(٢).

٢- ما روى أن النبي - ﷺ - «نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الزرع حتى يشتد»^(٣) فاعتبر كل واحد بنفسه^(٤).

٣- ويقال لأصحاب هذا القول: إنما جاز في الجنس الواحد إذا بدا صلاح بعضه لما يلحق من المشقة في تميزه ، ولم يجز في الأجناس المختلفة لارتفاع المشقة في تميزها^(٥).

سادسا: إذا اختلف النوع في البستان الواحد ، كأن كان به بلح من نوعين: برني ، ومعقلي. فهل إذا بدا الصلاح في نوع منهما يكون بدوا للصلاح في النوع الآخر ، فيباع معه تبعا ، أم لا يكون كذلك فلا يباع؟.

أقول: أما القائلون بأنه لا عبرة باختلاف الأجناس كالليث بن سعد ومن وافقه. فهم يقولون بجواز البيع ان بدا الصلاح في أحد النوعين بل أولى.

ثم ان الخلاف وقع عند المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، ومحمد بن الحسن من الحنفية على قولين.

القول الأول: أنه لا أثر لاختلاف النوع في البستان الواحد ، فيجوز

(١) سبق تخريجه، ص ٧٥ ، ٧٦.

(٢) الحاوي السابق.

(٣) سبق تخريجه، ص ٧٩.

(٤) البيان ص ١٥٩.

(٥) الحاوي الكبير ج٢ ص ٢٣٣ ، وانظر البيان السابق ص ١٦٠.

بيع الجنس كله يبدو الصلاح في نوع منه. وبه قال الشافعية في أصح الوجهين كما في الروضة وغيرها. وهو رواية عند الحنابلة قال بها أبو الخطاب، وقال الزركشى: هي ظاهر النص، وجزم بها في المنور، واختارها ابن عبدوس في تذكرته. وهو أيضا مشهور المالكية بشرط أن يكون الجنس مما تتلاحق ثماره عادة أو بقول أهل المعرفة، خلافا لابن كنانة منهم فهو لم يشترطه، ومشهور المالكية قال محمد بن الحسن من الحنفية كما في المغنى والشرح^(١).

القول الثاني: يبدو الصلاح في نوع لا يكون يبدو للصلاح في بقية أنواع الجنس، فلا يجوز بيع مالم يبد صلاحه تبعا لما بدا صلاحه. وبه قال الشافعية في الوجه الثاني، ووصفه الشاشي في الحلية بأنه الأصح خلافا لما في الروضة وغيرها. وهو أيضا وجه عند الحنابلة قال به القاضى، وابن عقيل، وابننا قدامة، والأكثر، وصححه المرداوي قائلا: هو المذهب^(٢).

الأدلة^(٣):

دليل القول الأول: أن الجنس الواحد يضم بعضه إلى بعض في إكمال النصاب في الزكاة فيتبعه في جواز البيع كالنوع الواحد^(٤) أي فيقاس البيع على الزكاة في هذا.

وأیضا فانه بدخول ذلك الوقت تزول عنه الآفة، ولأنه يبدو الصلاح في الجنس الواحد يتفاوت فجعل مالم يبد فيه الصلاح تبعا كما لو كان النوع واحدا^(٥).

(١) المغنى ج٤ ص ٢٢٣، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٩٢، ٢٩٣.

(٢) راجع المذاهب السابق ذكرها.

(٣) الأدلة التي سنذكرها سبقت في المذاهب كل مذهب بما استدل به.

(٤) المغنى ج٤ ص ٢٢٣، الشرح الكبير ج٤ ص ٢٩٢، ٢٩٣، البيان ص ١٥٧، ١٥٨، الشامل ص ٢٩٣.

(٥) تنمة الابهانة ج٤ ورقة ١٦٤.

المناقشة:

ونوقش من ابني قدامة: أن النوعين قد يتباعد إدراكهما ، فلم يتبع أحدهما الآخر في بدو الصلاح كالجنسين ، ويخالف الزكاة فان القصد هو الغنى من جنس ذلك المال لتقارب منفعته وقيام كل نوع مقام النوع الآخر في المقصود ، والمعنى ها هنا هو تقارب إدراك أحدهما من الآخر ، ودفع الضرر الحاصل بالاشتراك واختلاف الأيدي ، ولا يحصل ذلك في النوعين فصار في هذا كالجنسين^(١).

دليل القول الثاني: أن الأنواع يتباعد إدراكها ويتميز بعضها عن بعض ولا يخشى اختلاطها فلم يتبع أحدهما الآخر في بدو الصلاح كالجنسين^(٢).

سابعاً: إذا اتحد النوع في البستان الواحد فهل بدو الصلاح في شجرة منه بدوا للصلاح في سائر أشجاره؟ قولان.

القول الأول: يكون صلاحاً لسائر النوع فيجوز بيعه جميعه. وبه قال جمهور الفقهاء كما هو ظاهر مما قدمناه.

القول الثاني: لا يكون صلاحاً له ، بل كل شجرة معتبرة في نفسها. وبه قال الامام أحمد في رواية واختارها بعض أصحابه وهو قول أطفيش من الاباضية^(٣).

(١) المغنى ج٤ ص ٢٢٣ ، الشرح الكبير ج٤ ص ٢٩٤ ، ٢٩٥.

(٢) كشف القناع ج٣ ص ٢٨٧ ، الروض المربع ج٢ ص ١٣٤ ، المغنى السابق والشرح السابق ص ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، البيان ص ١٥٧ ، ١٥٨ ، الشامل ص ٢٩٣ ، الأم ج٣ ص ٧٣ مجلد / ٢.

(٣) راجع بند «رابعاً» في هذه الخلاصة، ص ٣٨٧.

الأدلة^(١):

دليل القول الأول: استدلوا بالقياس على الشجرة الواحدة. قالوا: أنه بدا الصلاح في نوعه من البستان الذي هو فيه فجاز بيعه جميعه كالشجرة الواحدة ، ولأن اعتبار بدو الصلاح في الجميع يشق ويؤدي إلى الاشتراك واختلاف الأيذى فوجب أن يتبع مالم يبد صلاحه من نوعه لما بدا^(٢).

دليل القول الثانى: استدل أصحاب هذا القول بقوله - ﷺ - «حتى يبدو صلاحه»^(٣) وهو يقتضى صلاح الكل أي صلاح بعض كل الشجر في كل النوع بدلالة قوله تعالى ﴿كَمَا بَدَأَكُمْ تَعُودُونَ﴾^(٤) فانه يقتضى الكل لبعض النوع^(٥).

ثامنا: إذا أفرد مالم يبد صلاحه بالبيع فان كان على القطع جاز ، وإن كان على الاطلاق فقد وقع الخلاف فيه على قولين. والفرض أنه قد بدا صلاح البعض في الشجرة ، أو بعض النوع في البستان ، أو بعض الجنس.

القول الأول: البيع جائز. وهو وجه للشافعية ، ووجه للحنابلة.

القول الثانى: لايجوز البيع. وهو أصح الوجهين للشافعية ، والحنابلة. وهو قول ابن حزم الظاهرى وجمهور الفقهاء^(٦).

-
- (١) سبقت هذه الأدلة في المذاهب كل مذهب بما استدل به.
- (٢) شرح الزركشى ج٢ ص ٥٠٥ ، كشاف القناع ج٢ ص ٢٨٧ ، الروض المربع ج٢ ص ١٣٤ ، المغنى ج٤ ص ٢٢٣ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٩٠ ، ٢٩١ ، البيان ص ١٥٧ ، الشامل ص ٢٩٤ ، المهذب ج١ ص ٢٨١.
- (٣) سبق تخريجه.
- (٤) سورة الأعراف جزء من الآية: ٢٩.
- (٥) شرح الزركشى ج٢ ص ٥٠٤ ، ولاحظ فتح البارى ج٤ ص ٤٦٣.
- (٦) راجع ما سبق في المذاهب.

الأدلة^(١):

دليل القول الأول: أنه إنما جعل فى حكم ما بدا فيه الصلاح فيجوز إفراده بالبيع^(٢) فالكل فى حكم ما بدا صلاحه ، ولأنه يجوز بيعه مع غيره فجاز بيعه مفردا كالذي بدا صلاحه^(٣).

دليل القول الثانى: أن ما لم يبد صلاحه داخل تحت عموم النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، خص منه صفة بيعه مع ما بدا صلاحه تبعا له دفعا لمضرة الاشتراك واختلاف الأيدي ، وهذا المعنى لا يوجد فى بيعه مفردا. ولأنه قد يدخل فى البيع تبعا ما لا يجوز إفراده كالحمل ، وكاللبن فى الضرع^(٤).

تاسعا: إذا بدا الصلاح فى جنس من بستان فهل يكون صلاحا لذلك الجنس فيما جاوره من البساتين ، فيجوز بيعها جميعها؟.

القول الأول: بدو الصلاح فى جنس من بستان صلاح له ولما قاربه فيجوز بيعها جميعها. جميعها ما بدا فيه الصلاح وما لم يبد فيه الصلاح تبعا لما بدا وبه قال المالكية ويرى ابن الحاجب منهم أنه لا بد من كون البساتين متلاصقة. وظاهر كلام الخرشي كما فى الحاشية عدم اشتراط التلاصق ، وعدم اشتراط كون ما جاوره ملكا لصاحب البستان الذي بدا فيه الصلاح. وقول المالكية هو رواية عن الامام أحمد قال: بدو الصلاح فى شجرة من القراح صلاح له ولما قاربه. وهو أيضا وجه لبعض الشافعية سواء تباعدا أو تلاصقا بشرط اتحاد

(١) سبقت هذه الأدلة فى المذاهب كل مذهب بما استدلت به.

(٢) المهذب ج١ ص ٢٨١ ، حلية العلماء ج٢ ص ٥٥٠ ، الشامل ص ٢٩٤ ، البيان ص ١٥٨.

(٣) المغنى ج٤ ص ٢٢٣ ، الشرح الكبير ج٤ ص ٢٩٩ ، ٣٠٠.

(٤) المصادر السابقة للشافعية والحنابلة. وانظر المعلى لابن حزم ج٧ ص ٢٨٧ ، ٢٨٨ ، مسألة ١٤٧١.

الملك ، كذا قال الرافعى. قال فى المطلب: لكن بشرط أن يكونا فى إقليم واحد فى مكان طبعه واحد.

القول الثانى: لا يكون بدوا لصلاح ما جاوره أو ما قاربه. وهو أصح الروایتين عن الامام أحمد ، وهو الصحيح عند أصحابه ، وهو المذهب. ولم أرتفرقه للحنابلة فى الروایتين بين ما إذا كان البستان المجاور فى ملك صاحب البستان البادي فيه الصلاح أم لأجنبى ، وبه قال أيضا محمد بن الحسن. وبه قال الشافعية باتفاق إذا لم يتحد الملك ، وهو الأصح عندهم إذا اتحد الملك^(١).

الأدلة^(٢):

دليل القول الأول: أ- استدلل المالكية لأصل مذهبهم وهو أن بدو الصلاح فى الجنس من بستان بدوا لصلاح هذا الجنس فى البستانين المجاورة حتى ولو لم يظهر بدوا للصلاح فى هذه البساتين بأن وقت أمان العاهة واحد بالنسبة للجنس المتقارب الطيب فينبغى أن يكون بدو الصلاح فى البعض بدوا للصلاح فى المجاور حيث قد أمنت العاهة. يقول ابن رشد «وعند مالك أنه إذا بدا الطيب فى نخلة بستان جاز بيعه وبيع البساتين المجاورة له إذا كان نخل البساتين من جنس واحد. ومالك اعتبر الوقت الذى تؤمن فيه العاهة إذا كان الوقت واحدا للنوع الواحد»^(٣).

وهذا الدليل ذكره ابن الصباغ فى الشامل بعد حكايته لمذهب مالك الموافقة لما فى كتب المالكية حيث يقول «وقال مالك: يجوز بيع ما جاوره ،

(١) راجع هذا فى المذاهب السابق عرضها وقد حققنا القول فى هذه المسألة من ناحية حكاية البعض لمذاهب الآخرين. وانظر مذهب الشافعية فى شروط صحة تبعية مالم يبد صلاحه لما بدا فى البيع.

(٢) سبقت هذه الأدلة فى المذاهب. كل مذهب بما استدلل به.

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣١.

إذا كان الصلاح معهودا لامنكرا. واحتج بأن الغرض الأمن من العاهة ، وما جاوره بمنزلة ما فى هذا القراح»^(١).

ب- استدل الماوردي لهم بالقياس على ما فى البستان الواحد مبينا وجه القياس فقال «وقال مالك: إذا بدا صلاح نخلة من حائط جاز بيع ثمار البلد كله»^(٢). واستدل مالك: بأنه لما كان صلاح نخلة من حائط كصلاح جميع الحائط لتقارب بعضه من بعض ، وجب أن يكون صلاح نخل حائط من بلد كصلاح جميع نخل البلد لتقارب بعضه من بعض ، لأن الهواء ليس يختلف فيه»^(٣).

ج- استدل الحنابلة لرواية الامام ، والشافعية للوجه الموافق بنفس دليل المالكية وقياس الماوردي لهم. يقول ابننا قدامة «وحكى عن أحمد رواية أخرى أن بدو الصلاح فى شجرة من القراح صلاح له ولما قاربه ، وبهذا قال مالك: لأنهما يتقاربان فى الصلاح فأشسبها القراح الواحد ، ولأن المقصود الأمن من العاهة وقد وجد»^(٤).

(١) الشامل ص ٢٩٤ ، والقراح: الأرض المخلصة للزروع أو للغرس. وقيل: المزرعة التى ليس عليها بناء ولا فيها شجر. وقيل: القراح من الأرض البارز الظاهر الذى لا شجر فيه. لسان العرب ج٥ ص ٣٥٧٤ ، مختار الصحاح ص ٢٧٣ ، باب القاف وفيه «والقراح بالفتح المزرعة التى ليس عليها بناء ولا فيها شجر ، والجمع أقرحة. والماء القراح بالفتح أيضا الذى لا يشوبه شئ». والقريحة: أول ماء يستنبط من البئر. ومنه قولهم لفلان قريحة جيدة ، يراد به استنباط العلم بجودة الطبع» وانظر المصباح المنير ج٢ ص ٤٩٦ كتاب القاف.

(٢) وقد سبق فى تحقيق قول مالك أن هذا من الماوردي وغيره عنه ليس بقوله وإنما هو قول ابن القصار من المالكية. وهذا لا يمنع إيراد الدليل المذكور إذ هو دليل على صحة البيع فى البساتين المجاورة للبستان الذى ظهر فيه بدو الصلاح من باب أولى.

(٣) الحاوى الكبير، ج٦ ص ٢٣٢ ، ٢٣٣.

(٤) المغنى ج٤ ص ٢٢٣ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٩٦ - ٢٩٨ ، روضة الطالبين ج٣ ص ٢٠٧ ، والشامل ص ٢٩٤.

المناقشة : نوقش هذا القول بالآتي :

١- ما روى عن النبي - ﷺ - من أنه «نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة»^(١) قالوا: والثمرة لا تنجو من العاهة بصلاح غيرها حتى تصلح هي في نفسها.

قال الماوردي: ثم يقال لمالك: إنما جاز في الحائط الواحد إذا بدا صلاح بعضه لأنه يتساوى في الغالب في السقي والعمارة التي يتعجل الصلاح بها ويتأخر آخر بعدمها ، أما ثمار البساتين فإنها لا تتساوى في السقي والعمارة، بل تختلف ، فاختلف لذلك زمان صلاحها^(٢).

٢- ما روى عند النبي - ﷺ - من أنه «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها»^(٣). قالوا: فإذا باع ثمرة البستان التي لم يبد فيه الصلاح فقد باع الثمرة قبل بدو صلاحها.

فان قيل: لماذا صح في البستان الواحد؟ قلنا: لئلا يؤدي إلى الضرر بسوء المشاركة واختلاف الأيدي ، وهذا المعنى لا يوجد في بساتين فلم يصح.

يقول ابننا قدامة «... لأنه إنما جعل مالم يبد صلاحه بمنزلة ما بدا وتابعا له دفعا لضرر الاشتراك ، واختلاف الأيدي ، وإلا فالأصل اعتبار كل شئ بنفسه وما في القراح لا آخر لا يوجد فيه هذا الضرر فوجب أن لا يتبع الآخر كما لو تباعدا وما ذكره ينتقض بما لم يجاوره من ذلك النوع»^(٤).

(١) سبق تخريجه في النص الحاكم، ص ٧٥ ، ٧٦.

(٢) الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٣٣ ، وانظر تكملة المجموع للسبكي ج١١ ص ٣٦١ ، ٣٦٢ ، والأم ج٣ ص ٤١ مجلد / ٢ باب ثمر الحائط بباع أصله ، ص ٤٨ باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار ، ص ٨٣ باب بيع الأجل.

(٣) سبق تخريجه في النص الحاكم.

(٤) المغني ج٤ ص ٢٢٣ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٩٦ - ٢٩٨.

ويقول ابن الصباغ « أنه إنما جعل مالم يبد صلاحه بمنزلة ما بدا صلاحه - أي في البستان الواحد - لما في ذلك من اشتراك الأيدي والضرر به فما كان في قراح آخر وجب أن يعتبر بنفسه » (١).

ويقول العمراني « وقال مالك رحمة الله عليه: إذا بدا الصلاح كان ذلك بدوا للصلاح في الجنس كله في ذلك البلد فيجوز بيعه ... ودليلنا على مالك رحمة الله عليه: أنه نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها. وإذا باع ثمرة البستان التي لم يبد فيه الصلاح فقد باع الثمرة قبل بدو صلاحها ، ولأننا إنما جعلنا بدو الصلاح في بعض الجنس في حائط صلاحا لجميع ذلك الجنس في ذلك الحائط لنلا يؤدي إلى الضرر بسوء المشاركة واختلاف الأيدي، وهذا المعنى لا يوجد في بساتين فلم يصح » (٢).

٣- أن مذكروه ينتقض بما لم يلاصقه (٣) في ذلك النوع. والمعنى أنه كما لم يجز في البساتين غير الملاصقة فكذلك في الملاصقة.

يقول ابن الصباغ « وما ذكره - يعني مالك - ينتقض بما لم يجاوره من ذلك النوع » (٤).

ويقول ابن قدامة « وما ذكروه ينتقض بما لم يجاوره من ذلك النوع » (٥).

دليل القول الثاني: استدل من قال بأنه لا يكون بدوا لصلاح ما جاوره

(١) الشامل ص ٢٩٤.

(١) البيان ص ١٥٩ ، ١٦٠.

(٣) حيث أنه كما تقدم في مذهب المالكية أن المشهور في التبعية في هذه الحالة هو البساتين الملاصقة.

(٤) الشامل ص ٢٩٤.

(٥) المغنى ج٢ ص ٢٢٣ ، والشرح الكبير ج٢ ص ٢٩٨.

أو ماقاربه. بالسنة والمعنى.

أما السنة: فمنها ما سبق ذكره فى المناقشة من النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها. وإذا باع ثمرة البستان الذي لم يبد فيه الصلاح فقد باع الثمرة قبل بدو صلاحها. ومن النهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة. والثمرة لا تنجو من العاهة بصلاح غيرها حتى تصلح فى نفسها^(١).

وأما المعنى: فلأن للبقة تأثيرا فى إدراك الثمار فمن البقاع ما يتعجل ومنها ما يتأخر^(٢) ولأن انفراد كل واحد منهما لا يؤدى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدى فاعتبر كل واحد منهما بنفسه ولو تقاربا وتلاصقا ما دام قد تميز أحدهما عن الآخر ، وكما قلنا: ان من شأن اختلاف البقاع اختلاف وقت البدو للصلاح. فوجب أن لا يتبع أحدهما الآخر كما لو تباعدا^(٣).

المناقشة:

يذكر ابن رشد الأصح عند الشافعية باعتباره مذهب الشافعى ويستدل له ثم يعترض عليه فيقول « وقال الشافعى: لا يجوز إلا بيع نخل البستان الذي يظهر فيه الطيب فقط ... والشافعى اعتبر نقصان خلقة الثمر ، وذلك أنه إذا لم يطب كان من بيع ما لم يخلق ، وذلك أن صفة الطيب فيه وهي مشتراة لم تخلق بعد ، لكن هذا كما قال: لا يشترط فى كل ثمرة بل فى

(١) البيان ص ١٥٨ - ١٦٠ ، الشامل ص ٢٩٤ ، الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٣٣ ، تنمة الاهانة ج٤ ص ١٦٤ .

(٢) تنمة الاهانة السابق ورقة ١٥٤ ، أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٢ ، تحفة المحتاج وحاشية الشروانى ج٤ ص ٤٥٨ ، شرح جلال المعلى وحاشية قلبوى وحاشية عميرة ج٢ ص ٢٣٢ ، الأم ج٣ ص ٤١ ، ٤٨ مجلد / ٢ .

(٣) المصادر السابقة ، والمهذب ، ج١ ص ٢٧٩ ، ٢٨١ ، روضة الطالبين ج٣ ص ٢٠٧ ، الحاوى الكبير ج٦ ص ١٩٧ ، المغنى ج٤ ص ٢٢٣ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٩٦ - ٢٩٨ .

بعض ثمرة جنة واحدة ، وهذا لم يقل به أحد» (١).

أقول: هذا الاستنباط لابن رشد لم أجده في كتب الشافعية التي اعتمدت عليها وهي كثيرة: وما ذكره بعد الاستدراك ودعوى أنه لم يقل به أحد ، لم أفهمه. فقد سبق أن المعتمد عند عامة أهل العلم أن بدو الصلاح المجوز للبيع هو بدو صلاح البعض لا الكل في الجنة الواحدة.

عاشرا: إذا بدا الصلاح في بستان فهل يكون بدو الصلاح جميع بساتين البلد؟.

أقول: بعد التحقيق للمذاهب لم أجد من قال به إلا ابن القصار من المالكية (٢).

الحادى عشر: المقائى لها حكم الثمار فيما سبق بالنسبة للبطن الأول منها.

الرأي في المسألة:

بعد أن طال بنا بحث المسألة وتحقيقها من واقع المصادر المعتمدة لدى المذاهب ، وعرض الأقول مقرونة بأدلتها والمناقشات الواردة عليها. نرى أنه ما من قول ورد في هذه المسألة إلا وله في السنة نصير. وإنما الخلاف في موطنه أتى من ناحية فهم الفقيه لظاهر السنة ومعقولها. وقد أفصح عن ذلك الحافظ في الفتح ، فبعد أن ذكر جملة من الأقوال في المسألة عند قوله - ﷺ - في الحديث «حتى يبدو صلاحها» قال «ويمكن أن يؤخذ ذلك من التعبير يبدو الصلاح لأنه دال على الاكتفاء بمسمى الأزهاء من غير اشتراط تكامله فيؤخذ منه الاكتفاء بزهو بعض الثمرة ، وبزهو الشجرة مع حصول المعنى وهو الأمن من العاهة ، ولولا حصول المعنى لكان تسميتها مزهية

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣١.

(٢) راجع ص ٣٤٦ ، ٣٤٧.

بازها ، بعضها قد لا يكتفى به لكونه على خلاف الحقيقة . وأيضاً فلو قبل بازها ، الجميع لأدى إلى فساد الحائط أو أكثره ، وقد من الله تعالى بكون الثمار لا تطيب دفعة واحدة ليطول زمن التفكه بها ^(١) .

ولما كانت السنة فى هذا الصدد معقولة المعنى ، فإن الترجيح ينبغى أن يبنى على المعنى الأقرب والأقوى . وعليه فإنه من وجهة النظر يترجح قول من قال : أن بدو الصلاح فى شجرة من نوع من أنواع الجنس الواحد فى البستان الواحد بدوا للصلاح فى سائر أنواع الجنس التى فى هذا البستان لا فى غيره من الأجناس ، ولا ذلك الجنس فى بستان آخر .

وعليه فإنه لا يجوز إلا بيع الجنس الذى بدا الصلاح فى بعضه فى البستان الواحد ، مالم يبد صلاحه تبعاً لما بدا فى صفقة واحدة . فإذا أفرد مالم يبد صلاحه بالبيع لم يجز إلا بشرط القطع لأنه حينئذ بيع لما لم يبد صلاحه .

أما وحدة البستان فهو أصح الروايتين عن الامام أحمد ، وهو المذهب عند الحنابلة . وهو أيضاً قول الشافعية باتفاق إذا لم يتحد الملك فى البساتين المقاربة ، والأصح عندهم إذا اتحد الملك . وأما أنه لا أثر لاختلاف النوع فهو قول الشافعية فى أصح الوجهين وهو رواية عند الحنابلة اعتمدها بعضهم بل إن الزركشى قال : هى ظاهر النص ^(٢) .

وأما منع افراد مال يبد صلاحه بالبيع فهو أصح الوجهين للشافعية والحنابلة وبهذا الحكم الأخير قال ابن حزم الظاهرى وجمهور الفقهاء .

(١) فتح البارى ج٤ ص ٤٦٣ .

(٢) لم تذكر هنا إلا الشافعية والحنابلة مع أن غيرهم قد يوافقهم فى جزء من المسألة كالمالكية مثلاً حيث لا عبرة عندهم أيضاً باختلاف النوع إلا أنهم يختلفون فى وحدة البستان كما سبق بيانه . فأردت أن يكون الترجيح وفقاً لمذهب متكامل نحاشياً للتلفيق .

وخلصه الترجيح: أن الراجع من وجهة النظر هو مذهب الشافعية
والحنابلة على الوجه المذكور.

الفصل الرابع

حكم بيع المستتر وبيع ما يأتى بطونا من الثمر والزرع

أقول: يرى بعض الفقهاء أن بدو الصلاح إنما هو شرط يعم كل أنواع الثمار والزرع لصحة بيعها مفردة. لكن فى بعض الأنواع لا يكفى هذا الشرط فى الصحة وإنما ينضم إليه فيها عدم استئثارها ، وأن لا يغلب اختلاطها. وعليه فإن الفقهاء قد اختلفوا فى حكم بيع المستتر ، وحكم بيع ما يغلب اختلاطه « ما يأتى بطونا ».

وستتناول هذا الموضوع فى مبحثين.

المبحث الأول: حكم بيع المستتر من الثمر على الشجر ، ومن الزرع فى أرضه بعد بدو الصلاح.

المبحث الثانى: حكم بيع ما يثمر بطونا.

المبحث الأول

حكم بيع المستتر من الثمر على الشجر ومن الزرع في أرضه بعد بدو الصلاح

أقول: سبق بيان حكم بيع الثمر والزرع مفردا بعد بدو الصلاح ، وكان هذا الحكم عند بعض المذاهب في ثمر أو زرع لم يستتر بغلافه أو بأرضه وقد بينا الحكم فيه في الأحوال الثلاث « شرط القطع - الإطلاق - التبقيّة ». أما إن كان قد استتر بغلافه أو بأرضه ، فإن للفقهاء فيه كلاما هو ما قصدنا بيانه هنا.

ونبادر إلى القول بأن من منع بيعه لم يكتف ببدا الصلاح لصحة البيع وإنما اشترط عدم استتارة ، ومن ثم فانه في بعض الأنواع لا يجوز عنده بيع المستتر من الثمر وإن كان على شجره ، ومن الزرع وإن كان قائما في أرضه - حتى وإن كان قد بدا صلاحه.

والسُّتْر بكسر السين وسكون التاء: ما يستتر به ، وجمعه سُتُور بضم السين. والسُّترة بضم السين: ما استترت به كائنا ما كان^(١) وستر الشيء غطاء فاستتر هو. وتستر أي تغطي. وقوله تعالى «حجبا مستورا»^(٢)، أي حجبا على حجاب فالأول مستور بالثاني أراد بذلك كثافة الحجاب^(٣). والمستتر من الثمر والزرع إما أن يكون مستترا بغلافه وقشره ، وإما أن يكون مستترا بأرضه. وستناول ذلك في مطلبين.

المطلب الأول: المستتر بغلافه وقشره.

المطلب الثاني: المستتر بأرضه.

(١) المصباح المنير ج١ ص ٢٦٦ كتاب السين ، مختار الصحاح ص ١٥٤ باب السين.

(٢) سورة الاسراء. جزء من الآية: ٤٥.

(٣) مختار الصحاح السابق.

المطلب الأول

المستتر بغلافه وقشره

مذهب الحنفية:

لم يفرق الحنفية فى حكم بيع الثمار ، والزروع بعد بدو الصلاح^(١) بين مستتر ، وغير مستتر. ومن ثم فانه يجوز عندهم بيع المستتر على شجره ، وفى أرضه^(٢) والأوجه عندهم ثبوت الخبار للمشتري بعد الاستخراج لأنه لم يره.

والمختار أن على البائع اخراج المبيع وتسليمه للمشتري إلا إذا بيعت مع ما هي فيه.

وكما هو عند غيرهم إنما يصح البيع إن بيع بغير جنسه ، لاحتمال الربا إن بيع جنسه.

قال فى الهداية « ويجوز بيع الحنطة^(٣) فى سنبلها والباقلاء^(٤) فى قشره وكذا الأرز والسمسم. وقال الشافعى^(٥): لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر وكذا الجوز ، واللوز ، والفستق فى قشره فى قوله الأول عنده. وله فى بيع السنبله قولان. وعندنا يجوز ذلك كله^(٦).

(١) وبدو الصلاح عندهم كما بيناه فى موضع سابق: هو البروز والظهور ، وليس باللون ونحوه فى الثمر ، أو الاشتداد فى الحب كما عليه الجمهور، ص ٣١٢.

(٢) وقد سبق أن المنوع عندهم البيع بشرط التيقية إلا محمدا فيما تنهى عظمه فانه أجازة.

(٣) الحنطة: البر ، والجمع حنط بكسر الحاء. وفتح التون بوزن عنب. مختار الصحاح ص ٩٠ باب الحاء ، المصباح المنير ج ١ ص ١٥٤ كتاب الحاء. وفيه «الحنطة والقمح والبر والطعام واحد».

(٤) الباقلا: وزنه فاعلا يشدد فيقصر ، ويخفف فيمد. المصباح المنير ج ١ ص ٥٨ كتاب الباء. مختار الصحاح ص ٣٨ باب الباء. وهى هنا: الفول الأخضر.

(٥) سيأتى مذهب الشافعى.

(٦) الهداية ج ٥ ص ٤٩٥ وانظر معها شروحها.

وفى الدر المنتقى « ويجوز بيع البر والشعير فى سنبله إن بيع بغير جنسه لأنه حب منتفع به بخلاف بيعه بمثله من سنبل الحنطة لاحتمال الربا. وكذا يجوز بيع الباقلاء فى قشره والأرز والسمسم ، وكذا يجوز بيع اللوز والفسق والجوز فى قشرها الأول وهو الأعلى^(١) وعلى البائع اخراج المبيع وتسليمه للمشتري فى جميع هذه المسائل إلا إذا بيعت مع ما هي فيه^(٢).

وفى مجمع الأنهر « ويجوز بيع البر والشعير والعدس حال كونه فى سنبله إن بيع بغير جنسه ، وإن بيع بجنسه لا يجوز لشبهة الربا. وكذا يجوز بيع الباقلاء فى قشره والأرز والسمسم. وكذا يجوز بيع اللوز والفسق والجوز فى قشرها الأول - قيد فى الجميع وإنما قيد الأول وهو الأعلى تنصيحا على موضع الخلاف فإن الشافعى لا يجوز بيع ذلك كله ، وله فى بيع السنبل قولان. وعندنا يجوز ذلك كله وعلى البائع تخليصها وتسليمها إلى المشتري هو المختار^(٣).

وعن الخبار. يقول ابن الهمام « واعلم أن الوجه يقتضى ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج فى ذلك كله لأنه لم يره^(٤) ، ونقله صاحب الدير « قلت: وهل له خيار الرؤية بعد الاستخراج قال فى الفتح: الوجه يقتضى ذلك^(٥) ، والحصكفى « وهل له خيار الرؤية؟ الوجه نعم. فتح^(٦) .

(١) وحيث صح القشر الأول فى الثانى أولى لأنه ملحق بالمقصود. فتح. والقشر الأول قيد فى الجميع وإنما قيد الأول وهو الأعلى تنصيحا على موضع الخلاف مع الشافعى رحمه الله. مجمع الأنهر والدر المنتقى ج٢ ص ٢٠.

(٢) الدر المنتقى السابق.

(٣) بضم الفاء والتاء وسكون السين.

(٤) مجمع الأنهر ج١ ص ٢٠ ، وانظر. الدر المختار بهامش حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤٢ ،

٤٣ ، بدائع الصنائع ج٥ ص ١٣٩ ، ١٧١ ، تبين الحقائق وحاشية الشلبى ج٤ ص

١٣ ، شرح العناية ج٥ ص ٤٩٤ ، شرح الكفاية ج٥ ص ٤٩٤ ، ٤٩٥ ، شرح فتح

القدير ج٥ ص ٤٩٣ ، الاختيار ج٢ ص ٧.

(٥) الدر المنتقى ج٢ ص ٢٠ بهامش مجمع الأنهر.

(٦) الدر المختار بهامش ابن عابدين ج٤ ص ٤٢ ، ٤٣ ، وانظر حاشية الشلبى بهامش تبين

الحقائق ج٤ ص ١٣.

وبلاحظ أن النصوص السابقة عن الحنفية مطلقة أعنى سواء كان الثمر والسنبيل قائما على شجره وأرضه ، أو مقطوعا . وهو ما صرحت به نصوص نقلة المذهب يقول ابن قدامة « ويجوز بيع الجوز واللوز والباقلا الأخضر فى قشرته مقطوعا وفى شجره ، وبيع الحب المشتد فى سنبله ، وبيع الطلع قبل تشققه مقطوعا على وجه الأرض وفى شجره ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك »^(١).

الأصل: « فى شرح الطحاوى: الأصل أنه إذا باع شيئا وهو فى غلظه قبل الازالة فإنه لا يجوز إلا الحنطة فى سنبليها وسائر الحبوب فى سنبليها والذهب فى ترابه والفضة فى ترابها بخلاف جنسه من الثمن كما لو باع لبنا فى الضرع أو لحما فى الشاة أو شحمها أو إلبتها أو أكارعها أو جلودها أو باع دقيقا فى هذه الحنطة أو زيتا فى هذا الزيتون ، أو دهنًا فى هذا السمسم أو عصيرا فى هذا العنب من الأشياء التى فى خلقتها بحيث لا يمكن أخذها أو قبضها إلا بافساد الخلقة فلا يجوز البيع فيها »^(٢).

ولهذا كانت عبارة البابرتى « لا يجوز إلا بيع الحبوب كالحنطة والباقلاء والأرز والسمسم ... »^(٣).

(١) المغنى ج٤ ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٣٧ ، ٣٨ . ونقله أيضا الصنعانى فى سبل السلام ج٣ ص ٤٧ ، والنووي فى شرح مسلم ج١٠ ص ١٨٢ ، والشاشى فى حلية العلماء ج٢ ص ٥٢٦ ، والماوردى فى الحاوى ج٦ ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، وابن الصباغ فى الشامل ص ٢٩٩ ، والعمرانى فى البيان ص ١٦٧ ، وابن رشد فى بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣١ ، وصاحب تهذيب الفروق ج٣ ص ٢٧٢ ، الفرق ١٩٣ ، والمتولى فى التتمة ج٤ ص ١٦٥ ، وغيرهم .

(٢) شرح الكفاية ج٥ ص ٤٩٤ ، وانظر . شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩٤ ، ٤٩٥ ، بدائع الصنائع ج٥ ص ١٣٩ .

(٣) شرح العناية ج٥ ص ٤٩٤ .

هل يجوز بيع الحب وحده دون سنبله؟:

أقول: يذكر ابن رشد اتفاق العلماء على عدم جواز بيع الحنطة في سنبلها دون السنبل حيث يقول في معرض الاتفاق والخلاف في هذا الصدد «وذلك أن العلماء اتفقوا على أنه لا يجوز بيع الحنطة في سنبلها دون السنبل لأنه يبيع ما لم تعلم صفته ولا كثرته. واختلفوا في بيع السنبل نفسه مع الحب فيجوز ذلك عند جمهور العلماء: مالك، وأبو حنيفة وأهل المدينة، وأهل الكوفة. وقال الشافعي: لا يجوز»^(١).

وهذا يعنى أن أبا حنيفة ممن يقول بعدم صحة بيع البر وحده في سنبله دون السنبل وإنما الجائز عنده بيع السنبل نفسه مع الحب.

بينما ابن حزم يحكى عن الحنفية جواز بيع البر دون الأكمام أي دون السنبل. يقول «أجاز الحنفية بيع البر دون التبن والأكمام قبل أن يدرس ويصنف وجعل^(٢) الدرس والتصنيف على البائع ...».

ثم رده قائلا «قال أبو محمد: إن في هذا لعجبا ليت شعري من أين وجب أن يجبر البائع على الدرس والتصنيف»^(٣).

أقول: والذي يظهر لنا من نصوصهم السابق ذكرها أنها موافقة لحكاية ابن حزم فهم عندما يقولون «ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقي في قشره ...». ثم يقول «وعلى البائع تخليصه بالدياس والتذرية»^(٤) يعنى صحة بيع البر وحده في سنبله وإلا ما كان هناك داع لجبر البائع على

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣١ ، وانظر نفس النص في تهذيب الفروق ج ٢ ص ٢٧٢ ، الفرق ١٩٣.

(٢) يقصد أبا حنيفة.

(٣) المحلى ج ٧ ص ٢٩٦ مسألة ١٤٢٧.

(٤) الاختيار ج ٢ ص ٧.

التخليص المذكور وتسليمه للمشتري صافيا إلا إذا بيعت مع ما هي فيه «وعلى البائع اخراج المبيع وتسليمه للمشتري في جميع هذه المسائل إلا إذا بيعت مع هي فيه»^(١)، وهذا يعنى صحة بيعها في الحالين. ولعل هذا هو السر في تعبير ابن رشد بلفظ «الاتفاق» لا الاجماع.

مذهب المالكية:

أقول: من نصوص المالكية التي معنا يمكن إيضاح مذهبهم على الوجه التالي:

فالشمر والزروع إما أن يكون غير مستتر بأكمامه ولا بورقه كبلع وعنب وخوخ وتين ، وخس وكراث وما أشبه ذلك فهذا إذا بدا صلاحه صح بيعه على النحو الذي ذكرناه في المبحث الأول من الفصل الثالث.

وإما أن يكون مستترا كقلب لوز في أكمامه ، وكجوز في قشره ، وكبير وشعير في سنبله ، ويزر كتان في جوزة ، وكذرة في سنبله ، وفول مستتر بورقه ، والباقلاء في قشره ، فهذا المستتر له حالان في البيع.

الحال الأولي: إن بيع وحده: فإن بيع وحده لم يصح بيعه جزافا حتى ولو بدا صلاحه لعدم الرؤية. وماله صوان يكفى رؤية صوانه. ويصح بيعه كيلا ككل اردب بكذا.

الحال الثاني: إن كان استتاره بالورق كالفول والحمص ونحوهما مما ثمرته في كل قصبتة مستترة بأوراقه فانه لا يصح بيعه جزافا لا وحده ولا مع غلافه لعدم إمكان حزره أي خرصه ، ويصح بيعه على الكيل ككل إردب بكذا.

(١) الدر المنثور ج ٢ ص ٢٠ ، ونحو هذه النصوص مذكورة في كافة مصادرهم السابق اثباتها.

ومعلوم مما سبق فى المبحث الثانى من الفصل الثالث أن بدو صلاح الحب عند المالكية يبيسه بحيث لا ينفعه الماء ، وهو أيضا مذكور هنا فى نصوصهم.

واليك النصوص الدالة على ما ذكرناه.

قال خليل «وصح بيع ثمر^(١) ونحوه^(٢) بدا صلاحه إن لم يستتر» قال الخرشي شارحا «يعنى أن الثمر ونحوه كالخوخ والتين^(٣) والقمح والشعير والبول والخس والكراث^(٤) وما أشبه ذلك يصح بيعه إذا بدا صلاحه إن لم يستتر. فان استتر بأكمامه كقلب لوز وجوز فى قشره ، وقمح فى سنبله ، ويزر كتان فى جوزة لم يصح بيعه جزافا لعدم الرؤية ويصح كيلا.

وأما شراء ما ذكر مع قشره فيجوز جزافا ولو كان باقيا فى شجره ولم يقطع إذا بدا صلاحه^(٥) أي حيث لم يستتر بورقه فيما له ورق ، وإلا امتنع بيعه جزافا^(٦) ، قال العدوى فى مثال ماله ورق «أي كالقول فانه مستور بورقه»^(٧).

(١) بالثلثة.

(٢) أي الزرع.

(٣) كالخوخ والتين راجع لقوله ثمر.

(٤) والقمح والشعير راجع لقوله «ونحوه» كما يفيد بعض الشراح. وتعميم الخرشي فى النحو لأجل أن يكون فى الاتيان بالشرط - إن لم يستتر - فائدة. فالقمح والشعير خرجا بقوله إن لم يستتر لأنهما قد استترا. وأما الخس والكراث فهما غير مستورين. والبول خرج أيضا لأنه لا يصح بيعه جزافا لا وحده ولا مع حبه لأن له ورقا. وأنظر فى هذا التعليق حاشية العدوى على الخرشي ج ٥ ص ١٨٤ مجلد / ٣.

(٥) أي يبيسه.

(٦) شرح الخرشي ج ٥ ص ١٨٤ ، ١٨٥ مجلد / ٣.

(٧) العدوى على الخرشي ج ٥ ص ١٨٤ مجلد / ٣. وفى حاشية الصعبدى على كفاية الطالب ج ٢ ص ١٤٨ «فاذا كان زرضا وبدا صلاحه كله فيجوز بيعه جزافا إن لم يستتر. فان استتر فى أكمامه كقمح فى سنبله ، ويزر كتان فى جوزة لم يصح بيعه جزافا لعدم الرؤية ، ويصح كيلا. وأما شراء ذلك مع قشره فيجوز جزافا ولو باقيا فى شجره لم يقطع إذا بدا صلاحه ولم يستتر بورقه فيما له ورق وإلا امتنع بيعه جزافا أيضا».

وفى الجواهر: «وصح بيع ثمر» سواء كان النحل أو غيره «ونحوه» أى نحو الثمر كقمح وشعير وفول وخس وكراث «بدا» أى ظهر «صلاحه» جزافا «إن لم يستتر» الثمر بأكمامه ولاهورقه كبلح وعنب. فان استتر فيها كحنطة مجردة عن سنبلها ، وجوز ولوز مجرد عن قشره جزافا فلا يجوز. الباجى: لاخلاف أنه لايجوز أن يفرد فى البيع دون قشره على الجزاف ما دام فيه. وأما شراء السنبل إذا يبس ولاينفعه الماء فجائز وكذا الجوز والباقلاء. أ.هـ الباجى «قال الآبى «فعلم منه أنه يمنع شراء الجوز ونحوه مجردا عن قشره ولو بعد قطعه جزافا ، ويجوز شراؤه مع قشره ولو باقيا فى شجره إذا بدا صلاحه ، وتقدم أن ماله صوان يكفى رؤية صوانه»^(١).

وفى الشرح الكبير: «وصح بيع ثمر»^(٢) بمثله من بلح ورمسان وتين وعنب وغير ذلك^(٣) «ونحوه» كقمح وشعير وفول ، وخس وكراث وجزر وفجل^(٤) «بدا صلاحه» يبس حب ، وبانتفاع بكخس وعصفر «إن لم يستتر»^(٥) بأكمامه. فان استتر بها كقلب جوز ، ولوز فى قشر ، وكقمح فى سنبله ، وبذر كتان فى جوزه لم يصح جزافا لأنه غير مرئي ، وصح كيلا^(٦).

(١) جواهر الاكلیل ج ٢ ص ٦٠ ، وفى القوانين لابن جزى ص ٢٢١ «ولايجوز بيع القمح فى سنبله للجهل به ويجوز بيعه مع سنبله خلافا للشافعى ، وكذلك لايجوز بيعه فى تبنه ويجوز مع تبنه ، ولايجوز بيع تراب الصاغة. ويجوز بيع الفول الأخضر والجوز واللوز فى القشر الأعلى خلافا للشافعى».

(٢) الدسوقى: أى جزافا.

(٣) هذا مثال لغير المستتر من الثمر.

(٤) هذا مثال لغير المستتر من الزرع.

(٥) كالبطح والتين والحبوب والعنب والفجل والكراث والجزر والبصل كما فى الدسوقى.

وأقول: فى الفجل وماهده يقصد بذره الذى يكون على رأس الساق فهو كالسنبل. (٦) أى كأشترى منك هذا الزرع بتمامه كل اردب بكذا. أو كأشترى كل هذه الحنطة كل اردب بكذا كما فى الدسوقى. انظر فيما سبق حاشية الدسوقى ج ٢ ص ١٧٦.

وأما شراء ما ذكر مع قشره فيجوز جزافا ولو كان باقيا في شجره لم يقطع إذا بدا صلاحه ما لم يستتر في ورقه فيما له ورق والا منع بيعه جزافا أيضا»^(١).

وفي موطن آخر «وأما بيعه بعد يبس مجردا عن سنبله فيجوز على الكيل لا على الجزاف لعدم رؤيته ، ومع سنبله يجوز جزافا لأن بيع الزرع القائم جزافا جائز»^(٢).

وحاصل ما ذكره الشرح السابق: أن مالم يس مستترا في أكماله ولا في ورقه يجوز بيعه جزافا وأولى على الوزن.

وما استتر بغلافه ولم يكن له ورق كالقمح في سنبله لا يجوز بيعه رحده جزافا ويجوز كيلا ، وأما بيعه بقشره أي تبنه فيجوز جزافا وأولى كيلا ، والفرض أنه بدا صلاحه. وأما لو استتر بورقه كالقول فلا يجوز بيعه جزافا لا منفردا ، ولا مع تبنه ويجوز كيلا. قاله الدسوقي.

وأعاده في موطن آخر قائلا «والحاصل أن مالم يس في أكماله ولا في ورقه يجوز بيعه جزافا وأولى على الوزن. وما استتر في أكماله إن بيع وحده يمنع بيعه جزافا ويجوز كيلا ، وإن بيع مع تبنه^(٣) جاز جزافا وكيلا ، وما استتر بورقه يمنع بيعه جزافا بيع وحده أو مع تبنه وجاز كيلا»^(٤).

(١) الشرح الكبير ج ٢ ص ١٧٦.

(٢) الشرح السابق ص ١٧٩ ، والمقصود بيع المستتر ومثاله عنده: القمح والشعير ، والبول ، والذرة. ولاحظ الشرح السابق وحاشية الدسوقي في شروط المعقود عليه في البيع ص ١٧.

(٣) «وأما بيعه في تبنه بعد الدرس فلا يجوز بلا خلاف فيما أحسب هذا إذا كان جزافا ، فأما إن كان مكيلا فجائز عند مالك ، ولا أعرف فيه قولاً لغيره» قاله ابن رشد في بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٢.

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٢ ص ١٧٦.

وفى تهذيب الفروق فى الجوز واللوز والباقل فى قشره «ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقل فى قشره أجازة مالك ، ومنعه الشافعى»^(١).

هذا وقد ذكر ابن رشد أن مذهب مالك بعد بدو الصلاح. عدم صحة بيع الحب وحده دون غلافه ، وصحته البيع معه^(٢) وهل مطلقا أم فى حزمة؟ قولان للامام مالك «وأما بيع السنبل غير محصود. فقول عن مالك يجوز ، وقيل: لا يجوز إلا إذا كان فى حزمة»^(٣).

شروط بيع الزرع قائما فى أرضه:

هذا وقد وضع فقهاء المالكية شروطا لصحة بيع الزرع قائما فى أرضه. يقول العدوى «والحاصل: أن لبيع الزرع القائم أربعة شروط ...» وهى كالآتى:

الشرط الأول: بيعه جزافا ، فلا يجوز بالفدان كما لا تجوز قسمته كذلك حيث جعله معيارا إلا إن حزر ما فيه من حب وتبن.

الشرط الثانى: كون المبيع غلته مع ما يخرج منه من تبن «أى الحب مع سنبله».

الشرط الثالث: كون ثمرته فى رأس الشجرة كالقمح فان كانت الثمرة فى جميع قصبتها كالقول والحمص لم يجز على الجزاف لعدم إمكان حزره أى خرصه.

الشرط الرابع: أن يباع بعد يبسه لاقبله.

(١) تهذيب الفروق ج ٣ ص ٢٧٤ الفرق ١٩٣. وانظره فى بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٩.

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣١ ، تهذيب الفروق السابق ص ٢٧٢.

(٣) بداية المجتهد السابق ص ٢٣٢.

والشرطان الأخيران «الثالث والرابع» فى غير البرسيم إذ لا يشترطان فى بيعه قائما لعدم تأتیهما فيه.

والذي يحزر فى غير البرسيم ما تعلق به البيع من حب وتبن ، وفى بيع البرسيم ما فيه من الأحمال إذا بيع على الرعى ، وبالأحمال وما فيه من الحب إن بيع ليحصد ويؤخذ حبه. وإذا بيع الكتان تعلق الحزر بما فيه من البزر والكتان^(١).

أما إن بيع الحب وحده دون سنبله فقد تقدم أنه يصح على الكيل لأعلى الجزاف وهنا يشترط عدم تأخر حصاده ودرسه وذروه أكثر من نصف شهر ففى الشرح الصغير «وأما بيعه مجردا عن سنبله فقبل اليبس لا يجوز ويفسخ مطلقا^(٢) وبعد اليبس يجوز إن وقع على الكيل»^(٣) قال الصاوى: أي ولم يتأخر تمام حصاده ودرسه وذروه أكثر من نصف شهر»^(٤).

هذا ومن النصوص الواردة بالشروط ما جاء فى الشرح الكبير «... فإنه يجوز لجواز بيع الزرع قائما فى أرضه بشرط يسه ، وكون ثمرته فى رأسه كقمح ، وأن يكون جزاقا مع ما يخرج من تبنة لا بالفدان بلا حزر ، ولا جزاقا مجردا عن التبن»^(٥)، قال الدسوقي مبينا أحوال الزرع «إعلم أن أحوال الزرع خمسة لأنه إما قائم أو غير قائم ، والثانى: إما قت وإما منفوش^(٦) ، وإما فى تبن وإما مخلص. والمبيع إما الحب وحده وإما السنبل بما فيه الحب فإن كان المبيع الحب وحده فيجوز بالكيل فى الأحوال كلها

(١) حاشية العدوى على الحرشى ج ٥ ص ٢٤ مجلد / ٣.

(٢) سبق فى المبحث الأول من الفصل الثالث.

(٣) الشرح الصغير ج ٤ ص ٣١٤ ، ٣١٥.

(٤) حاشية الصاوى على الشرح السابق ص ٣١٤.

(٥) الشرح الكبير ج ٣ ص ١٧.

(٦) القت: وهو الحزم. والمنفوش هو المختلط بعضه ببعض. شرح الحرشى وحاشية العدوى ج ٥

ص ٢٤ مجلد / ٣.

ويجوز جزافا فى المخلص فقط دون غيره. وإن كان المبيع السنبيل بما فيه من الحب جاز بيعه جزافا فى الوقت^(١) والقائم دون المنفوش^(٢) ودون مافى تبته مالم يكن رآه وهو فى سنبله قائما وحزره وإلا جاز فيهما^(٣).

ومذهب المالكية فى الجواز حكاه كثير من النقلة كما ذكرناه^(٤).

مذهب الشافعية:

يشترط الشافعية لصحة بيع الثمار والزروع مفردة بعد بد الصلاح: ظهور المقصود^(٥) لكى يكون مرنيا ففى الأسنى «فرع: يشترط فى بيع الزرع بعد اشتداد حبه ، وبيع الثمر بعد بدو صلاحه ظهور المقصود لكى يكون مرنيا»^(٦).

وفى شرح المحلى «ويشترط لبيعه» الجائز بعد الاشتداد «وبيع الثمر بعد بدو الصلاح ظهور المقصود» لىكون مرنيا أ.هـ^(٧) وفى التحفة

-
- (١) لا مكان حرزه.
- (٢) إلا أن يكون قد رآه قبل حصده وهو قائم. الحرشى والعدوى السابق.
- (٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ ص ١٧ ، وانظر فى أحوال الزرع قائما فى أرضه وغير قائم تهذيب الفروق ج٣ ص ٢٤٢ ، ٢٤٣ ، ٢٤٤ الفرق ١٨٥ ، وشرح الحرشى وحاشية العدوى ج٥ ص ٢٤ مجلد / ٣.
- (٤) فى المغنى والشرح «ويجوز بيع الجوز واللوز والباقلا الأخضر فى قشرته مقطوعا وفى شجره ، وبيع الحب المشتد فى سنبله ، وبيع الطلع قبل تشققه مقطوعا على وجه الأرض وفى شجره. وبهذا قال أبو حنيفة ومالك» المغنى ج٤ ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٣٧ ، ٣٩ ، وانظر. حلية العلماء ج٢ ص ٥٢٦ ، الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٢٨ ، الشامل ص ٢٩٩ ، شرح مسلم للنووي ج١٠ ص ١٨٢ ، سبل السلام ج٣ ص ٤٧ ، البيان ص ١٦٧ ، تنمة الابانة ج٤ ورقة ١٦٥.
- (٥) روضة الطالبين ج٣ ص ٢١٥ ، وانظر. حلية العلماء ج٢ ص ٥٢٦.
- (٦) أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٦.
- (٧) شرح المحلى على منهاج الطالبين ج٢ ص ٢٣٤ ، وانظر. حاشية الباجورى ج١ ص ٣٥١.

«ويشترط لبيعه» بعد الاشتداد «وبيع الثمر بعد بدو الصلاح ظهور المقصود» منه لئلا يكون بيع غائب أ.هـ^(١).

هكذا نرى أن الشافعية يشترطون لصحة البيع الجائز بعد بدو صلاح الثمر والزرع ظهور المقصود أي عدم استتاره ، وهو شرط زائد على بدو الصلاح.

ويتتبع نصوص الشافعية في مسئلتنا نرى أنهم قاموا بتقسيم الثمر والزرع إلى أقسام مع بيان حكم بيع كل قسم منفردا بعد بدو الصلاح ، وطريقة التقسيم وإن كانت مختلفة شكلا عند الأصحاب إلا أن المضمون متحد. ول بعض الأصحاب أوجه في بعض أحوال المسألة إلا أننا سنبادر ببيان قول الشافعي رحمه الله في حكم بيع المستتر مفردا بعد بدو الصلاح وهو كالآتي:

١- المذهب القديم. ذهب الشافعي في مذهبه القديم إلى جواز بيع المستتر ، وهو بذلك يتفق مع الأئمة الثلاثة.

٢- المذهب الجديد وهو المنصوص في الأم وسائر كتبه عدم الجواز في القشرة العليا فيما له قشرتان كالجوز واللوز والبندق والفسق والباقلاء. ونحو ذلك مما له قشر أو كمام يزال عنه بلا فساد عند إرادة الإدخار. وكالحنطة في سنبلها ، وأولى البيع بدون القشر والسنبل. ففي مختصر المزني قال الشافعي رحمه الله «وكل ثمرة وزرع دونها حائل من قشر أو كمام وكانت إذا صارت إلى ما يكتنها أخرجهما في قشرها وكمامها بلا فساد عليها إذا ادخروها فالذي أختار فيها أن لا يجوز بيعها في شجرها ولا موضوعة بالأرض للحائل»^(٢) فهذا هو مذهبه الجديد. وأما القديم والجديد

(١) تحفة المحتاج على منهاج الطالبين ج ٣ ص ٤٦٤.

(٢) مختصر المزني ج ٨ ص ١١٨ ، وانظر مع الحاوي الكبير ج ٦ ص ٢٣٦ ، وانظر الأم ج ٣

ص ٤٨ ، ٥١ وما بعدها مجلد ٢ باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار.

فى السنبلى ففى حليلة العلماء «وفى بيع الحنطة فى سنبلىها قولان: أصحهما: أنه لا يجوز. والثانى: وهو قوله القديم أنه يجوز. وهو قول أبى حنيفة ومالك وأحمد»^(١).

وفى الشامل «إن كان حبه فى كمامه لا يدخر عليه كالحنطة فى جواز بيعها قولان. قال فى القديم: يجوز. وفى الجديد لا يجوز»^(٢).

وفى التتمة «وأما إذا كان الحب فى كمام لا يدخر معه كالحنطة ، والسمس ، والحمص ، واللوبيا ، والعدس ففيه قولان: قال فى القديم: يجوز ، وهو مذهب أبى حنيفة ومالك ... وأقول الثانى: وهو قوله الجديد أن العقد باطل»^(٣).

وفى التحفة «والعدس» بفتح الدال «والسنبلى» وجوز القطن قبل تشققه «لا يصح بيعه دون سنبله» لاستتاره «ولامعه فى الجديد»^(٤).

وفى الحاوى «فأما إذا اشتد واستحصص»^(٥) ... وإن كان الحب فى كمام يستره كالحنطة فقد حكى عن الشافعى فى القديم: جواز بيعه وهو مذهب مالك وأبى حنيفة ووافقه فى موضع من المبسوط على صحة الحديث. ونص فى الجديد وسائر كتبه على بطلان بيعه فى سنبله»^(٦).

وأما فيما له قشرتان عليا وسفلى فإن نصه قد ورد فى الباقلاء. جاء

-
- (١) حليلة العلماء ج٢ ص ٥٢٦.
 (٢) الشامل ص ٢٧٥ وأعادته فى ص ٢٩٩ ، وانظر مغنى المحتاج ج٢ ص ٩٠ ، فتح العزيز ج٩ ص ٨٣.
 (٣) تنمة الاهانة ج٤ ورقة ١٦٨ ، وانظر المذهب ج١ ص ٢٦٤.
 (٤) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٥ ، وانظر شرح المحلى ج٢ ص ٢٣٤ ، ٢٣٥ ، شرح مبلى للنووي ج١٠ ص ١٨٢.
 (٥) أي حان أوان حصاده واستوجب الحصاد.
 (٦) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٣٨ ، ٢٣٩.

فى التتمة «فظاهر المذهب أنه لايجوز ، وقد نص عليه فى الباقلى الأخضر»^(١).

وفى الحلية «وفى بيع الباقلاء فى قشره وجهان: المنصوص: أنه لايجوز»^(٢).

وفى الشامل «قال الشافعى رضى الله عنه: ولايجوز بيع الباقلاء الأخضر حتى ينزع عنه القشر الأعلى»^(٣).

وفى المذهب «واختلف أصحابنا فى بيع الباقلاء فى قشره ومنهم من قال: لايجوز ، وهو المنصوص فى الأم»^(٤).

ومذهب الشافعى كما تقدم هو الذى حكاه النقلة من خارج المذهب ، وظاهر عباراتهم أن عدم الجواز فيما له قشرتان هو مذهب الشافعى فى القديم والجديد أما فى السنبلى فهو فى الجديد دون القديم^(٥) لكن فى اختلاف

(١) تنمة الابانة ج٤ ص ١٦٥.

(٢) حلية العلماء ج٢ ص ٥٢٦.

(٣) الشامل ص ٢٩٨.

(٤) المذهب ج١ ص ٢٦٤.

(٥) فى الهداية للحنفية ج٥ ص ٤٩٤ «وقال الشافعى: لايجوز بيع الباقلاء الأخضر ، وكذا الجوز واللوز والفسق فى قشره فى قوله الأول عنده. وله فى بيع السنبلة قولان» وفى شرح العناية ج٥ ص ٤٩٤ «وقال الشافعى رحمه الله: لايجوز بيع الباقلاء الأخضر والجوز ، واللوز ، والفسق فى قشره فى قوله الأول ، وكذا بيع الحنطة فى قوله الجديد» وفى شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩٣ «وقال الشافعى: لايجوز بيع الباقلاء الأخضر ، وكذا الجوز واللوز والفسق فى قشره فى قوله الأول عنده وله فى بيع الحنطة فى السنبلى قولان ، وأجاز بيع الشعير والذرة فى سنبليها» وانظر الدر المنتقى ومجمع الأنهر ج٢ ص ٢٠ ، تبين الحقائق وحاشية السلبى ج٤ ص ١٣ ، ويقول ابن قدامة «ويجوز بيع الجوز واللوز والباقلاء الأخضر فى قشرته مقطوعا وفى شجره ، وبيع الحب المشتد فى سنبله ، وبيع الطلع قبل تشققه مقطوعا على وجه الأرض وفى شجره ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك. وقال الشافعى: لايجوز حتى ينزع عنه قشره الأعلى إلا فى الطلع (=)

أصحاب الشافعى ما يفيد أن بيعه كان جائزا فى القديم حيث قال بعضهم فى الرد على من أجاز بيع الباقلاء منهم اعتمادا على أن الشافعى طلب من الربيع شراها له «أنه إن صح كان من القديم المرجوع عنه»^(١) وستأتى هذه الواقعة تفصيلا.

ولما كان لمجتهدى المذهب وشراحه تفصيل وأوجه فى بعض المواطن رأينا عرض المذهب من خلال المثال على الوجه التالى:

القسم الأول: ما يكون بارزا فى شجره من غير حائل: الخوخ والتفاح ونحو ذلك:

إذا كان الثمر مما يظهر بارزا فى شجره من غير حائل أى من غير كمام يمنع من مشاهدته كالتفاح والمشمش والخوخ والكمثرى والعنب والتين وما أشبه ذلك فبيعه إذا بدا صلاحه جائز قائم فى شجره وبعد إجتنانه^(٢).

جاء فى الشامل «الثمرة البارزة على ضريين. ضرب بارز لا كمام عليه وضرب عليه كمام ... فأما البارز فمثل التفاح والكمثرى والخوخ وما أشبه ذلك ، فهذا يجوز بيعه فى شجره وعلى الأرض لأنه ظاهر مشاهد»^(٣).

(١) والسنبلى فى أحد القولين «المفنى ج٤ ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، والشرح ج٤ ص ٣٧ ، ٣٨ ، فالعبارة نفيد أولا عدم الجواز فى الجميع عند الشافعى ثم استثنى من العموم الطلع والسنبلى فى أحد القولين والمراد القديم للشافعى. وانظر مذهب الشافعى فى السنبلى بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣١ ، وتهذيب الفروق ج٢ ص ٢٧٢ الفرق ١٩٣.

(٢) حاشية قليوبى ج٢ ص ٢٣٥.

(٣) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٣٦ ، تنمة الاباهة ج٤ ورقة ١٦٤ ، روضة الطالبين ج٣ ص ٢١٥ ، شرح جلال المحلى وقليوبى وعميرة ج٢ ص ٢٣٤ ، تحفة المحتاج والشروانى والعبادى ج٤ ص ٤٦٤ ، أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٦.

(٣) الشامل ص ٢٩٧ ، أقول: وهذا النوع هو ما سبق بيان حكمه فى البحث الأول من الفصل الثالث ، ومثله من الزرع الشعير ، والسُّلت ، وأحد نوعى الذرة.

الشعير ، والسُّلت^(١) والذرة ، ماله حب ظاهر :

إذا كان الزرع مما حباته ظاهرة كالشعير والسُّلت فإنه يجوز بيعه مع سنبله ولا يجوز بيعه دون السنبل وهذا الحكم يستوى بعد الحصاد ، وقبل الحصاد أى وهو قائم فى الأرض. يقول النووي «ولو باع الشعير أو السُّلت مع سنبله جاز بعد الحصاد وقبله لأن حباته ظاهرة»^(٢).

والذرة فى أحد نوعيها كالشعير والسُّلت قال الرملى «الذرة نوعان بارز الحبات كالشعير. وفى كمام كالحنطة»^(٣).

أقول: ولعل الذرة البارز الحبات هو ما يعرف فى عامية أهل الزرع فى نواحيها بمصر المحروسة «الذرة العويجي» وثمرته حبات فى السنبله يميل لونها إلى الحمرة لكن لا يستخدم فى الخبز ، وسنبلته فى رأس الساق. أما النوع الآخر فثمرته تكون على جانب الساق وهى مستورة بالغلاف ولا ترى حباته والمعروفة بكوز الذرة وهذه هى التى تدخل فى الخبز فى مصرنا وأمرها مشهور.

فالنوع الأول هو المقصود بجواز بيعه دون الثانى. جاء فى الأسنى «ويصح بيع العنب والتين ونحوهما فى الشجر ، والشعير والسُّلت وكذا الذرة فى السنبل لعدم استتارها»^(٤) وتقدم عن الرملى نوعيها والجائز بيعه

(١) السُّلت: بضم السين وسكون اللام: قيل: ضرب من الشعير ليس له قشر ، ويكون فى الغور والحجاز. قاله الجوهري. وقال ابن فارس: ضرب منه رقيق القشر صغار الحب. وقال الأزهري: حب بين الحنطة والشعير ولا قشر له كقشر الشعير فهو كالحنطة فى ملاسته وكالشعير فى طبعه وبرودته. قال ابن الصلاح: وقال الصيدلانى: هو كالشعير فى صورته وكالقمح فى طبعه وهو خطأ المصباح المنير ج١ ص ٢٨٤ كتبها السين ، ومختار الصحاح ص ١٦٥ باب السين «السُّلت بوزن القفل ضرب من الشعير ليس له قشر كأنه الحنطة. ورأس مسلوت ومحلوت ومسبوت ومحلوق بمعنى».

(٢) روضة الطالبين ج٣ ص ٢١٥.

(٣) الرملى على الأسنى ج٢ ص ١٠٦.

(٤) أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٦.

منها.

ويقول النووي «... وأما مذهبنا ففيه تفصيل فإن كان السنبل شعيرا أو ذرة أو مافى معناهما مما ترى حياته جاز بيعه»^(١).

وفي التتمة «إذا كان قد سنبل واشتد الحب فإن لم يكن على الحب كمام مثل الشعير والذرة ، فالبيع صحيح ولا يعتبر فيه شرط القطع مثل الثمار بعد بدو الصلاح. ولا يكلف القطع إلا في الوقت الذي جرت العادة بالحصاد فيه حتى لو كان قد تسنبل جميع الحب فاشتد بعض السنبل كان كالثمار إذا بذ الصلاح في بعضها وبقي إلى أن يتم الإدراك»^(٢).

وفي الحاوي «فأما إذا اشتد واستحصد فإن كان الزرع مما يبرز الحب منه بغير كمام يستره كالشعير جاز بيعه في سنبله قبل دياسته وتصفيته لظهوره ومشاهدته»^(٣).

وفي شرح المحلى «ويشترط لبيعه» الجائز بعد الاشتداد ، «وبيع الثمر بعد بدو الصلاح ظهور المقصود» ليكون مرثيا «كتين وعنب» لأنهما مما لا كمام له «وشعير لظهوره في سنبله»^(٤) قال قليوبي عند قوله «وشعير»: ومثله الذرة في أحد نوعيها^(٥).

وفي التحفة «ويشترط لبيعه» بعد الاشتداد «وبيع الثمر بعد بدو الصلاح ظهور المقصود» منه لثلا يكون بيع غائب «كتين وعنب وشعير»

(١) شرح مسلم للنووي ج ١٠ ص ١٨٢ ، ونقله الصنعاني في سبل السلام ج ٣ ص ٤٧ .

(٢) تنمة الابانة ج ٤ ص ١٦٨ ، والأحكام المذكورة في النص قد سبق التفصيل فيها في المبحث الأول من الفصل الثالث .

(٣) الحاوي الكبير ج ٦ ص ٢٣٨ .

(٤) شرح المحلى على منهاج الطالبين ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٥) قليوبي على المحلى السابق .

وسلت وكل ما يظهر ثمره أو حبه كنوع من الذرة لحصول الرؤية»^(١).

وذكر ابن الصباغ فيه نصين أحدهما: في جواز بيعه مفردا عن أرضه وهو كما تقدم ، والنص الآخر: في جواز بيعه مع الأرض. ففي الأول يقول «السنبيل على ضربين. أحدهما: يكون الحب فيه ظاهرا كالشعير والذرة ... فما كان حبه ظاهرا فيجوز بيعه في سنبله لأنه معلوم بالمشاهدة فهو كبيع الصبرة لا يعرف كيلها»^(٢).

وأما الآخر «أما إن اشتد حبه نظرت فإن كان حبه ظاهرا كالشعير والذرة»^(٣) جاز بيعه مع الأرض لأنه مشاهد»^(٤).

هل الشعير نوع واحد؟

أقول: قضية الاطلاق في جواز بيع الشعير أنه نوعا واحدا لكن في الشرواني والعبادي: أنه نوعان بارز وغيره ، ويسمى عند العامة شعير النبي فهو كالذرة نوعان.

ولعل النووي في المنهاج لم يذكر أنه نوعان لأن الغالب فيه رؤية حبه.

ويرى البعض أنه ينبغى في الشعير أنه لا بد من رؤية كل سنبله ولا يقال: رؤية البعض كافية ، وذلك كما لو فرقت أجزاء الصبرة لا يكفي رؤية بعضه^(٥).

ولك أن تقول: يجوز أن يكون مراد هذا البعض أن المرئي بعض كل حبه لا أن بعض الحبات غير مرئي بالكلية^(٦).

-
- (١) تحفة المحتاج على منهاج الطالبين ج٤ ص ٤٦٤.
 - (٢) الشامل ص ٢٩٩ ، أي الصبرة تباع جزافا.
 - (٣) أي إن كان من النوع الذي جباهه ظاهرة كما قيده غيره.
 - (٤) الشامل ص ٢٧٥.
 - (٥) تحفة المحتاج وحاشيتي الشرواني والعبادي ج٤ ص ٤٦٦.
 - (٦) حاشية الشرواني السابق.

والدخن^(١) كالشعير:

عند التمثيل لما يظهر المقصود منه كما في التحفة ذكر الهيتمى
الدخن فى أحد نوعيه كالشعير والذرة. ثم قال: وإن قال بعضهم فى هذا
النوع من الدخن أن المرئى هو بعض حباته ومع ذلك فالقياس الصحة كما
ذكره القاضى^(٢).

(١) الدُّخْن بضم الدال وسكون الحاء حبة معروف الحبة دخنة. والدخنة وزان غرفه بخور
كالزبرة يدخن بها البيوت. المصباح المنير ج١ ص ١٩١ كتاب الدال ، مختار الصحاح ص
١١٢ باب الدال.

(٢) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٤ ، لكن فى القياس وقفة للهيتمى حيث قال: وفيه وقفه بل
القياس فى الدخن المذكور تفريق الصفة فيصح فى المرئى فقط إن عرف بقسطه من
الشن وكون رؤية البعض هنا تدل على الباقي غالباً ممنوع. نعم إن فرض ذلك فى نوع
بخصوصه لم تعمد الصحة فى الكل. التحفة السابق.
والصحة فى المرئى فقط إما لورود العقد على المرئى وحده إن أمكن التقسيط وإلا بطل
فى الجميع ، الشروانى والعبادى ج٤ ص ٤٦٥.

وقد يقال: القياس البطلان فى الجميع لأن شرط تفريق الصفة كون الباطل أيضاً معلوماً
ليمكن التوزيع. قال الشروانى: ثم رأيت الرملى قال: الأوجه البطلان. وعبارة النهاية:

والأوجه فيه عدم الصحة فى الجميع.

والخلاف فى الدخن إنما لأن القاضى قاسه على البصل ونحوه إذا ظهر بعضه مع أن الصحة
فى البصل غير مسلمة بل الخلاف واقع بين فقهاء المذهب كشل الخلاف فى الدخن.
وفرق بعضهم بين المقيس عليه وبين المقيس فجعل الأوجه فى المقيس عليه وهو البصل
ونحوه عدم الصحة دون المقيس وهو الدخن حيث قال: وعليه فيمكن الفرق بين رؤية بعض
البصل وبعض الحب بأن الغالب أن السنبلة الواحدة لا يختلف فيها فرؤية بعض البصل
وبعض الحب بأن الغالب أن السنبلة الواحدة لا يختلف فيها فرؤية بعض الحب تدل على

باقيه ، ورؤية الظاهر من البصل لا تدل على باقيه. حاشية الشروانى ج٤ ص ٤٦٤ .
ويذكر العبادى: أن قياس ذلك تفريق الصفة فى بيع زرع الحنطة فيصح فيها عدا
سنايلها لظهوره. ثم قال: القياس البطلان فى الجميع فى جميع هذه الصور ، لأن شرط
تفريق الصفة كون الباطل أيضاً معلوماً ليتمكن التوزيع. حاشية العبادى ج٤ ص

٤٦٤ . وقال: ومثل الشارح الزرع المذكور بالفجل المستور بالأرض والبر المستور بسنبله ،
وعلى البطلان فى الجميع بالجهل بأحد المقصودين الموجب لتعذر التوزيع. ولا يقال: بل
يمكن التوزيع بعد العقد إذا علم الباطل لأن العبرة بالعلم حال العقد. قال: ثم رأيت
الرملى قال: الأوجه البطلان فيهما. حاشية العبادى السابق ص ٤٦٥.

القسم الثاني: ما كان استتاره بكمام واحد أي قشرة واحدة:

١- الرمان والموز ونحوهما:

كالبطيخ والباذنجان وطلع النخل^(١) ونحو ذلك مما لا ينحفظ إلا بكمامه هذا ولا يزال عنه إلا عند الأكل لكونه إذا خرج منه ذهب رطوبته وتغير طعمه وأسرع فساده. فانه يجوز بيعه في كمامه لما فيه من كمال منفعة ودوام مصلحته^(٢).

في التحفة «ولابأس بكمام» وهو بكسر أوله: وعاء نحو الطلع «لا يزال إلا عند الأكل كرمان وطلع نخل وموز وبطيخ وبادنجان لأن بقاءه فيه من مصلحته»^(٣).

وفي شرح المحلى «ولابأس بكمام» بكسر الكاف وعاء الطلع وغيره «لا يزال إلا عند الأكل» كما في الرمان فيصح بيعه في قشره لأن بقاءه فيه من مصلحته»^(٤).

والمعنى في قوله «ولابأس» أي لا يضر صحة البيع وجود كمام لا يزال إلا عند الأكل»^(٥).

(١) هذا هو الأصح في طلع النخل . وفي وجه آخر لا يصح بيعه قال به أبو إسحاق.

(٢) الحارثي الكبير ج٦ ص ٢٣٧ . روضة الطالبين ج٣ ص ٢١٥ ، الشامل ص ٢٩٧ ، المهذب ج١ ص ٢٦٤ ، الأم ج٣ ص ٤٨ باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار ، تنمة الابانة ج٤ ورقة ١٦٤ ، ١٦٨ ، والماوردي في تقسيمه للثمار جعل هذا القسم يتنوع نوعين حيث يقول «فأما ما كان مستورا بقشرة واحدة فيتنوع نوعين . نوع: لا ينحفظ إلا بقشرة فإذا خرج منه ذهب رطوبته وتغير طعمه وأسرع فساده كالرمان والباذنجان ، فبيع هذا في قشوره جائز لما فيه من كمال منفعة ودوام مصلحته . ونوع: ينحفظ بغير قشرة كالقطن والسمسم والعدس فلا يجوز بيعه في قشره لأنه حائل ليس من مصلحته ، كما لو كان مستورا بثوب فإذا أخرجه من قشره جاز بيعه» الحارثي السابق.

(٣) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٥ .

(٤) شرح المحلى ج٢ ص ٢٣٥ .

(٥) حاشيتي الشرواني والعبادي ج٤ ص ٤٦٦ ، حاشية عميرة ج٢ ص ٢٣٥ .

وفى الأسنى «وكذا المستور بما لا يزال إلا عند الأكل كالرمان والعنبر
وكذا طلع النخل مع قشره ... ولا ستارها بما هو من صلاحها»^(١).

٢- طلع النخل:

ماسبق من جواز بيع طلع النخل فى كفه لكونه استتار بما هو من
صلاحه ولا يزال إلا عند الأكل هو الأصح^(٢) قال به أبو على بن أبى هريرة.
ومقابلته لأبى إسحاق: لا يجوز بيعه لأن المقصود مستور بما لا يدخر فيه فلم
يصح بيعه كالتمر فى الجراب.

يقول الشيرازي فى الوجهين مستدلا لهما «واختلفوا فى بيع الطلع
فى قشره. فقال أبو إسحاق: لا يجوز بيعه لأن المقصود مستور بما لا يدخر فيه
فلم يصح بيعه كالتمر فى الجراب ، وقال أبو على بن أبى هريرة يجوز لأنه
مستور بما يؤكل معه من القشر فجاز بيعه كالقثاء والخيار»^(٣).

وفى الروضة: الأصح جواز بيعه مع قشره^(٤) ولم يذكر الهيثمى غيره
وكأنه قطع به^(٥) وذكره فى الأسنى بعبارة تفيد الخلاف فيه^(٦) وفى حلية
العلماء ذكر الوجهين دون ترجيح^(٧).

(١) أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٦.

(٢) لاحظ نص التحفة والأسنى المتقدم.

(٣) المهذب ج١ ص ٢٦٤.

(٤) فى الروضة ج٢ ص ٢١٦ «ويصح بيع طلع النخل مع قشره فى الأصح» ونقله المحلى فى
شرحه ج٢ ص ٢٦٥ «وفى الروضة: يصح بيع طلع النخل مع قشره فى الأصح».

(٥) فى التحفة ج٢ ص ٤٦٥ «ولا بأس بكمام لا يزال إلا عند الأكل كرمان وطلع ونخل».

(٦) «... وكذا طلع نخل مع قشرة» أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٦.

(٧) فى حلية العلماء ج٢ ص ٥٢٦ «وفى بيع الطلع فى قشرة وجهان: قال أبو إسحاق:
لا يجوز. وقال أبو على بن أبى هريرة: يجوز».

٣- الأرز:

للسانفعية في حكم بيع الأرز في قشره طريقان: المذهب أنه كالشعير^(١) فيصح بيعه مع سنبله وهو قول جماعة منهم ابن القاص وقال به أبو علي الطبري لأنه يدخر في قشره ويقاؤه فيه من مصلحته. والمراد بالقشر الذي يدخر فيه هو القشر الأصفر بعد التصفية من تبته^(٢).

والطريق الثاني: لا يصح بيعه كالحنطة وهو قول جماعة قال به القاضي أبو الطيب والشيخ أبو حامد في التعليق.

بينما يرى ابن الصباغ أن هذا موقف على العادة في ذلك والعادة ادخاره في قشره.

يقول في الشامل «الأرز. اختلف أصحابنا فيه. فذكر ابن القاص وأبو علي الطبري وغيره أنه بمنزلة الشعير ، لأنه يدخر في قشره ، ويقاؤه فيه من مصلحته. واختار القاضي أبو الطيب ، وذكر الشيخ أبو حامد في التعليق أنه بمنزلة الحنطة ، وهذا موقف على العادة في ذلك ، والعادة ادخاره في قشره»^(٣).

(١) في الروضة ج ٢ ص ٢١٦ «وفي الأرز طريقان: المذهب أنه كالشعير فيصح بيعه في سنبله. وقيل: كالحنطة» وفي قليوبي ج ٢ ص ٢٣٤ «صحة بيع شعير الأرز والعلس لأنهما مما له كمام لبثائه» وفي ص ٢٣٥ عند قول المحلى «ولا بأس بكمام لا يزال إلا عند الأكل كما في الرمان» قال قليوبي «ومثله أرز الشعير والعلس» وفي تحفة الابهانة ج ٤ ورقة ١٦٨ «وأما إذا كان الحب في كمام فإن كان يدخر في كمامه كالأرز فالمذهب أن حكمه حكم الشعير. لأن الكمام من صلاحه فهو كالقشر على الجوز واللوز والرمان» أقول: يقصد القشرة السفلى في الجوز واللوز لا العليا. وفي الأسنى ج ٢ ص ١٠٦ «وكذا المستور بما لا يزال إلا عند الأكل كالرمان والعلس ، وكذا طلع النخل مع قشره والأرز في سنبله لاستتارها بما هو من صلاحها».

(٢) الرمل على الأسنى ج ٢ ص ١٠٦.

(٣) الشامل ص ٣٠١.

أقول: والأرز في مصرنا لا يدخر إلا في قشره ، ومن ثم فهذا هو
الراجح من وجهة النظر رفعا للخرج عن الناس التجار وغيرهم.

هذا وعند القائلين بصحة بيعه مفردا يصح بيعه أيضا مع الأرض جاء
في الشامل «أما إن اشتد حبه نظرت فإن كان حبه ظاهرا كالشعير والذرة
جاز بيعه مع الأرض لأنه مشاهد ، وكذلك إن كان في كمام يدخر عليه
ولا يخرج منه إلا عند الحاجة إليه مثل الأرز فيجوز بيعه مع الأرض»^(١).

ونبه الهيتمي في التحفة على أن اعتبار الأرز كالشعير إنما هو في
نوع منه قال «ومن زعم أن الأرز كالشعير إنما هو باعتبار نوع منه
كذلك»^(٢)، في أن له كماماً واحداً أما النوع الآخر فله كمامان^(٣) فيصح
في قشره الأسفل دون الأعلى^(٤).

٤- العلس^(٥):

كالأرز في الحكم. يقول النووي «ولو باع الشعير أو السلت مع سنبله
جاز بعد الحصاد وقبله لأن حباته ظاهرة ، ولو كانت للشمرة أو الحب كمام
لا يزال إلا عند الأكل كالرمان والعلس فكمثل»^(٦) وفي قليوبي «صحة بيع
شعير الأرز والعلس لأنهما مما له كمام لبقائه»^(٧) وفي مسوطن آخر هو

(١) المصدر السابق ص ٢٧٥.

(٢) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٥.

(٣) «كمامان» مثنى كمام استعمالاً له في المفرد مجازاً ، إذ هو جمع كمامة أو كم بكسر أو له
ققياس مثناه ، كمان أو كمامتان. تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٦ ، قليوبي ج٢ ص ٢٣٥.

(٤) الشرواني والعبادي ج٤ ص ٤٦٦.

(٥) العلس مفتحتين ضرب من الحنطة تكون حبتان في قشر ، وقد تكون واحدة أو ثلاث.
وهو طعام أهل صنعاء. وقال بعضهم: هو حبة سوداء تؤكل في الجذب ، وقيل: هو مثل
الهر إلا أنه عسر الاستنقاء. وقيل: هو العدس. المصباح المنير ج٢ ص ٤٢٥ كتاب
العين. مختار الصحاح ص ٢٢٥ ، باب العين.

(٦) روضة الطالبين ج٣ ص ٢١٥.

(٧) قليوبي على المعلى ج٢ ص ٢٣٤.

كالرمان يصح بيعه لأن كمامه لا يزال إلا عند الأكل^(١) وفي التحفة بعد ذكر حكم ماله كمام واحد لا يزال إلا عند الأكل كرمان وموز ونحو ذلك مما يصح بيعه في قشره قال «ومثل ذلك ما يكون بقاؤه فيه سببا لادخاره كلوز^(٢) وعلس^(٣)».

٥- جوز القطن:

يمنع بيع جوز القطن قبل تشققه منفردا أو مع أصله وهو الشجر فلا يتغير الحكم ببيعه مع الشجر ، ومثله كل ما يمتنع بيعه منفردا بخلاف نحو الطلع.

جاء في التحفة «والعدس في السنبل» وجوز القطن قبل تشققه «لا يصح بيعه دون سنبله» لاستتاره «ولامعه في الجديد» لاستتار المقصود بما ليس من مصلحته ... وفي الأنوا: لا يجوز بيع الجوز في القشرة العليا مع الشجر، وقياسه امتناع بيع القطن قبل تشققه ولو مع الشجر^(٤).

(١) عند قول المتنازع «ولاهأس بكمام لا يزال إلا عند الأكل» ومثل له المحلى بقوله «كما في الرمان» قال قليوبي «ومثله أرز الشعير والعلس» قليوبي السابق على شرح المحلى ص ٢٣٥.

(٢) أي في قشره الأسفل.

(٣) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٤٦٥ ، وانظر. أسنى المطالب ج ٢ ص ١٠٦ وإنما صح جواز بيع الأرز والعلس على المذهب ولم يصح السلم فيهما لأن البيع يعتمد المشاهدة بخلاف السلم فإنه يعتمد الصفات وهي لا تفيد الغرض في ذلك لاختلاف القشر خفة ووزانة ، ولأن السلم عقد غرر فلا يضم إليه غرر آخر بلا حاجة بخلاف البيع ولذلك جوز بيع المعجونات دون السلم فيها. فالمعجونات كما في الرمل على الأسنى: لا يصح السلم فيها قطعاً ولا خلاف في جواز بيعها ، ومن ثم فهي شاهدة لعدم صحة السلم في الأرز والعلس. هذا وقد أفتى النووي بصحة السلم في الأرز، وقال: أنه الأصح. لكن في الشرواني والعبادي أنه محمول على المقشور كما في النهاية والمغنى.

أنظر. أسنى المطالب وحاشية الرمل ج ٢ ص ١٠٦ ، حاشية الشرواني وحاشية العبادي على التحفة ج ٤ ص ٤٦٦ ، وانظر السلم في ثمر الحائط الأم ج ٣ ص ٨٦ مجلد ٢ باب بيع الآجال. حاشية قليوبي ج ٢ ص ٢٣٥.

(٤) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٤٦٥.

وعلق الشروانى على قوله «ولو مع الشجر» أى بأن يورد العقد عليه مع الشجر، أما لو أورد على الشجر وحده صح ولم يدخل الجوز. وكذا يقال فى قطن يبقى سنتين.

وعلق على قوله «وقياسه امتناع بيع القطن الخ» فقال «حاصله: أنه يمتنع بيع ذلك منفردا فلا يتغير الحكم ببيعه مع الشجر، ومثله كل ما يمتنع بيعه منفردا بخلاف نحو الطلع»^(١) وفى الحاوى «النوع الثانى: وهو ما ينحفظ بغير قشره كالقطن ... فلا يجوز بيعه فى قشره لأنه حائل ليس من مصلحته كما لو كان مستورا بثوب فاذا أخرجه من قشره جاز بيعه»^(٢).

ومفاد ما تقدم جواز بيعه بعد تشققه وظهور قطنه. وهو ما صرح به فى الروض وشرحه فى قطن لا يبقى أصله أكثر من سنة كقطن مصر «وفى الروض وشرحه: وتشقق جوز عطب»^(٣) يبقى سنتين أى فأكثر كتأخر النخل فيتبع المشقق غيره^(٤) ومالا يبقى من أصل العطب أكثر من سنة إن بيع قبل تكامل قطنه لم يجز إلا بشرط القطع سواء خرج الجوز أولا، أو بعد تكامله فان تشقق جوze صح لظهور المقصود، وإلا بطل لاستتار قطنه»^(٥).

وذهب الشيخ أبو حامد إلى عدم جواز بيعه حتى لو تشقق جوze. ففى

(١) الشروانى على التحفة السابق.

(٢) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٢٧.

(٣) العطب هو القطن.

(٤) قال الشارح فى العباب: فان بيع أصله قبل خروج الجوز أو بعده وقبل تشققه فهو للمشتري وإلا فهو للبائع وتشقق بعضه وإن قل كتشقق كله أ.هـ.

قال الشروانى والعبادى: فعلم أن غير المتشقق تارة يصح وتارة لا يصح فانظر الضابط. ثم قال: وكان ما يبقى سنين المقصود الأصل فصح وإن لم يتشقق ودخل تبعها، وغيره المقصود الثمرة ففصل فى الروض وشرحه. حاشيتى الشروانى والعبادى ج٤ ص ٤٦٥، أسنى المطالب والروض ج٢ ص ٩٧.

(٥) حاشية الشروانى السابق.

البيان « وإن كان قد عقد جوزه واستحكم قطنه. قال الشيخ أبو حامد: فلا يصح بيعه أصلا لامفردا ولا مع الأرض لأن المقصود منه القطن وهو مغيب مجهول. قال: فلذلك لا يجوز بيعه وإن تشق جوزه كالطعام في سنبله. قال: ولا يجوز بيع جوزه في الأرض أيضا لأن مقصوده لا يرى ، ولأنه مستور بما لامصلحة له فيه فلم يصح بيعه فيه كالتمر في الجراب»^(١).

٦- جوز الكتان والبرسيم:

لا يصح بيع بزر الكتان في جوزه ولا مع جوزه على الجديد فهو كالحنطة ونحوها. في قليوبى « وكالحنطة الكتان والبرسيم بعد انعقاد بروزهما »^(٢)، ففي الأسنى « فرع: يشترط في بيع الزرع بعد اشتداد حبه ... ظهور المقصود لكي يكون مرثيا كتين وعنب وشعير فلا يصح بيع الحنطة والسمسم ونحو كل منهما كالعدس في سنبله دونه ولا يبيعها معها وذلك لاستتارها بما

(١) البيان ص ١٢٣ ، ١٢٤ ، هذا: والقطن عند الشافعية يبيع عنه في بعض الكتب بالعطب، وبالكرفس وهو نوعان. أحدهما: ما يبقى الستين والثلاث كقطن الحجاز ، وهو مراد الشافعي رحمه الله وكذلك قطن تهامة والعراق وحكم هذا النوع حكم النخل في التبعية فإذا بيعت الأرض وفيها قطن كان تابعاً للأرض ، وإن بيع القطن دون الأرض صح. فإذا بيع القطن مفرداً أو مع الأرض نظرت. فإن كان قبل ظهور جوزه أو بعد ظهور جوزه وقبل تشققه فهو للمشتري كثرة النخل قبل التشقق والتأخير ، وإن كان البيع بعد ظهور جوزه وتشققه أو تشقق بعضه: فهو للبائع كثرة النخل إذا أهرت وتشققت والنوع الثانى: ما لا يبقى إلا سنة وهو قطن خراسان فهو كالزرع فإن بيعت الأرض وفيها القطن لم يدخل في البيع من غير شرط وإن بيع القطن دون الأرض نظرت: فإن كان حشيشاً لم ينعقد جوزه أو انعقد وهو حشيش لم يحصل فيه قطن: جاز بيعه بشرط القطع ، وإن بيع مع الأرض: صح بيعه من غير شرط القطع.

أما بعد انعقاد جوزه واستحكام قطنه فحكمه هو ما ذكرناه أنظر. البيان ص ١٢٣ ، ١٢٤ ، تحفة المحتاج وحاشيتى الشروانى والعبادى ج٤ ص ٤٦٥ ، ٤٧١ ، الأم ج٢ ص ٤٩ باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار ، حلية العلماء ج٢ ص ٥٤٨ ، الشامل ص ٢٤٢ ، ٢٤٣ ، الحاوي الكبير ج٦ ص ١٩٩ ، المهذب ج١ ص ٣٧٠ ، ٣٧١ ، روضة الطالبين ج٢ ص ٥٥٠ ، أسنى المطالب مع الروض ج٢ ص ٩٧ ، شرح المعلى وحاشيتى قليوبى وعميرة ج٢ ص ٢٣٤ ، ٢٣٥ .

(٢) حاشية قليوبى ج٢ ص ٢٣٤ .

ليس من صلاحها» قال الرملى عند قوله «فلا يصح بيع الحنطة الخ»: ويزر الكتان فى جوزة^(١) ولا يصح أيضا بيعه مع عوده لاستتار الحب بما ليس من صلاحه كما لو باع سنابل البر وحدها أو مع الزرع.

ولو باع العود وحده وعليه الحب صح للعلم بالمبيع. قال ابن الرفعة: والكتان إذا بدا صلاحه يظهر جواز بيعه لأن ما يغزل منه ظاهر، والساس فى باطنه كالنوى فى التمر لكن هذا لا يتميز فى رأى العين بخلاف التمر والنوى وأشار فى الأسنى إلى تصحيحه. لكن الرملى جمل قول ابن الرفعة هذا على ما إذا وقع البيع على العود وحده دون الحب، أما إذا وقع البيع على العود والحب معا بعد بدو الصلاح فانه لا يصح كالحنطة فى سنبلها.

بقى ما لو أطلق فى البيع وعليه الحب. قال العبادى: وينبغى أن يصح البيع وينزل على الخشب فقط لأنه بمزلة شجرة نخل عليها ثمر مؤبر أو شجر نحو تين خرج ثمرها، فلا يتناول البيع الحب كما لا يتناول الشجر المذكور ثمرها.

فان قيل: لماذا لم نقل مثل ذلك فى نحو زرع الحنطة؟ فالجواب: أن المقصود سنابلها بخلاف الكتان فان المقصود خشبه. قاله العبادى^(٢).

(١) أسنى المطالب وحاشية الرملى ج ٢ ص ١٠٦.

(٢) جاء فى الأسنى «والكتان إذا بدا صلاحه قال ابن الرفعة: يظهر جواز بيعه لأن ما يغزل منه ظاهر، والساس فى باطنه كالنوى فى التمر لكن هذا لا يتميز فى رأى العين بخلاف التمر والنوى» قال الرملى عند قوله «قال ابن الرفعة الخ»: أشار إلى تصحيحه. أسنى المطالب وحاشية الرملى ج ٢ ص ١٠٦.

والعبادى فى حاشيته على التحفة أفاد الحكم فى كل الأحوال فقال «وأما خشب الكتان فيجوز بيعه لأن المقصود ظاهر، والساس فى باطنه كنوى التمر، ولا يجوز السلم فى الكتان إلا بعد نفذه إذ لا يتضبط إلا حينئذ. ولو باع حب الكتان وحده أو معه خشبه لم يصح كما هو ظاهر لاستتار الحب بما ليس من صلاحه كما لو باع سنابل البر وحدها أو مع الزرع. ولو باع الخشب وحده وعليه الحب صح كما هو ظاهر للعلم بالمبيع. وفى شرح الرملى: قال ابن الرفعة: والكتان إذا بدا صلاحه يظهر جواز بيعه لأن ما يغزل منه (=)

٧- الحنطة والعدس^(١) والسمسم والحمص واللوبياء:

هذه أيضا من الزروع التي لا يرى المقصود منها لاستتاره بما لا يدخر فيه وينحفظ بغيره. وفي حكم بيعه مع سنبله القولان.

القول الأول: يصح بيعه. وبه قال الشافعي في القديم.

القول الثاني: لا يصح بيعه مفردا عن سنبله قطعاً ، ولا يصح بيعه مع سنبله على المذهب الجديد الأظهر.

يقول النووي في الروضة «وأما ما لا يرى حبه^(٢) في سنبله كالحنطة والعدس والسمسم فما دام في سنبله لا يجوز بيعه مفردا عن سنبله قطعاً ، ولامعه على الجديد الأظهر كبيع تراب الصاغة وكبيع الحنطة في تنبها فانه لا يصح قطعاً»^(٣).

وفي شرح مسلم عند حديث أنس «ونهى ... وعن بيع السنبيل حتى يبيض».

يقول النووي «وأما مذهبنا ففيه تفصيل فان كان السنبيل شعيراً ... وإن كان حنطة ونحوها مما تستتر حباته بالقشور التي تزال بالدياس ففيه

(=) ظاهر ، والساس في باطنه كالنوى في الثمر لكن هذا لا يتميز في رأى العين بخلاف الثمر والنوى أ.هـ. والأوجه: أن محله أخذاً مما مرّ مالم يبيع مع بذره بعد بدو صلاحه ، وإلا فلا يصح كالحنطة في سنبلها أ.هـ. الرملى.

بقى مالم أطلق بيع خشب الكتان وعليه الحب وينهى أن يصح وينزل على الخشب فقط لأنه بمنزلة شجرة نخل عليها ثمر مؤبر أو شجر نحو تين خرج ثمرها فلا يتناول الحب كما لا يتناول الشجر المذكور ثمرها. وإنما لم نقل مثل ذلك في نحو زرع الحنطة لأن المقصود سنابلها بخلاف الكتان فان المقصود خشبه فليتأمل» حاشية العبادى ج٤ ص ٤٦٦ ، وانظر حاشية قليوبى على شرح المحلى ج٢ ص ٢٣٤.

(١) العدس: بفتح الدال. تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٥ ، شرح المحلى ج٢ ص ٢٣٤ وهو حب معروف ، مختار الصحاح ص ٢٢٠ باب العين.

(٢) ليس الحب قيد بل المراد مالا يرى المقصود منه كله أو بعضه ، قليوبى ج٢ ص ٢٤٣.

(٣) روضة الطالبين ج٢ ص ٢١٦.

قولان للشافعى رضى الله عنه الجديد أنه لا يصح وهو أصح قوله ، والقديم أنه يصح ...»^(١).

وفى التتمة «وأما إذا كان الحب فى كمام لا يدخر معه كالحنطة والسمسم والحمص واللوىيا والعدس ففيه قولان. قال فى القديم يجوز ... والقول الثانى: وهو قوله الجديد أن العقد باطل»^(٢).

الحاصل فى هذا القسم:

والحاصل أن الزرع إذا اشتد وكان المقصود منه مستترا بما لا يدخر فيه كالحنطة ونحوها مما سبق ذكره فى هذا القسم فإن فى حكم بيعه مع سنبله قولان. القديم: يصح. والجديد لا يصح. وإن كان لبعض الأصحاب وجه وتفصيل فى بعض الزروع. وقطعا لا يصح بيع الحب مفردا عن سنبله.

والمقصود فى هذا القسم: أنه لا يصح بيع حب فى سنبله ، وكذا لا يصح بيعه مع سنبله. وأما العود من ذلك فإن بيع مع السنابل أو الحب أو هما فباطل أيضا ولو فى الاطلاق وإن بيع قبل انعقاد سنبله بشرط القطع ولم يبد صلاحه أو بعد نفى سنبله كالكتان أو بيع بدون سنبله فصحيح لأن المقصود من الكتان مرئى ، ولا يكفى عن شرط القطع فى نحو البرسيم شرط أن ترعاه البهائم فيجب شرط قطعه ثم يسامح بانه بشرط بقائه مدة الرعى^(٣).

(١) شرح مسلم للنووى ج ١٠ ص ١٨٢ ، وانظر سبل السلام ج ٢ ص ٤٧.

(٢) تتمة الاهانة ج ٤ ورقة ١٦٨ ، وانظر المذهب ج ١ ص ٢٦٤ ، فتح البارى ج ٤ ص ٤٧٣ ، الحاوى الكبير ج ٦ ص ٢٣٨ ، ٢٣٩ ، أسنى المطالب وحاشية الرملى ج ٢ ص ١٠٦ ، الشامل ص ٢٧٥ ، ٢٩٩ ، تحفة المحتاج وحاشيتى الشروانى والعبادى ج ٤ ص ٤٦٥ ، شرح جلال المحلى وحاشيتى قلىوبى وعميره ج ٢ ص ٢٣٤ ، ٢٣٥ ، حلية العلماء ج ٢ ص ٥٢٦ ، وقد مضت نصوص هؤلاء فى أول المسألة.

(٣) حاشية قلىوبى ج ٢ ص ٢٣٤ ، وانظر حاشية العبادى ج ٤ ص ٤٦٥ ، وقد مرّ نحو هذا فى القطن ، والكتان ، والبرسيم بتفصيل فراجع.

القسم الثالث: ما كان استتاره بكمامين أي قشرتين:

إذا كان الثمر أو الزرع مستترا بقشرتين كما هي عبارة البعض أو بكمامين كما هي عبارة البعض الآخر كالفستق والبندق والجوز واللوز ، والرانج^(١) والباقلاء فهل يجوز بيعه على شجره بعد بدو الصلاح أم لا ؟.

بنحو هذا يبدأ صاحب التتمة المسألة حيث يقول «بيع ثمرة عليها قشرتان مثل الجوز واللوز والفستق والبندق بعد بدو الصلاح فيها ، وذلك بأن ينعقد اللب فيها ويصير بحيث يستطاب للأكل ، هل يجوز أم لا ؟»^(٢).

ثم يذكر أن حكمها على الشجر هو حكمها على الأرض قال «نذكر أولا حكم بيعها على الأرض بعد اللقاط ويكون حكمها إذا باعها على الشجر مثل ذلك»^(٣).

ثم ذكر الحكم فقال «ولا خلاف أن بيع الجوز واللوز وعليه القشر التحتاني جائز لأن ذلك القشر من مصلحته وبه يقع الادخار. فأما إذا كان عليه القشر الفوقاني وقد يبس عليه فأراد البيع فيخرج على قولي بيع الغائب لأن عليه ساترا ليس من مصلحته وصفة المقصود معلومة بالعادة. فأما في حال الرطوبة إن جوزنا بيع الغائب جاز ذلك وإن لم نجوز بيع الغائب فظاهر المذهب أنه لايجوز. وقد نص عليه في الباقلي الأخضر.

وذهب الأصطخري وابن القاص من أصحابنا إلى جوازه ، وهو مذهب مالك وأحمد وأبى حنيفة. وجه ظاهر المذهب أن المقصود مستتر بما لايدخر

(١) الرانج: يفتح النون وقيل بكسرهما واقتصر عليه الفارسي: الجوز الهندي. والجمع الروانج ، والرانج أيضا: نوع من التمر أملس ، المصباح المنير ج٢ ص ٢٤١ كتاب الرأء ، والمقصود هنا المعنى الأول ففي الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٤١ «وكذلك الرانج وهو النارجيل».

(٢) تتمة الاهانة ج٤ ورقة ١٦٥.

(٣) التتمة السابق.

معه غالبا فصار كتراب المعادن وتراب الصاغة. ووجه الطريق الأخرى أن تلك القشرة فيها غرض وهو بقاء الرطوبة بسببها في اللب ليؤكل رطبا على ما جرت به العادة»^(١).

وفي الحاوى جعل الماوردي هذا القسم على نوعين وإن كان الحكم في النهاية واحداً وفقاً وخلاقاً. يقول «وأما ما كان عليه قشرتان ، فيتنوع أيضاً إلى نوعين: نوع: لا يبقى في رطبه بقشرتيه نفع ولا يؤكل معهما ، كالفستق والبندق والجوز ، فلا يجوز بيعه في قشرتيه يابسا ولا رطبا ، فإذا زالت عنه القشرة العليا جاز بيعه بالقشرة السفلى التي يدخر بها ، لأنه ينحفظ بها»^(٢) ونوع: يبقى في رطبه بقشرتيه نفع ويؤكل معهما عرفا ، كالباقلي واللوز الرطب فإذا يبس لم يجز بيعه في قشرتيه حتى تزول عنه قشرته العليا ، فيجوز بيعه بالقشرة السفلى. وإن رطبا في قشرتيه فقد اختلف أصحابنا في جواز بيعه فيهما»^(٣) فذهب البصريون من أصحابنا:

(١) التتمة السابق.

(٢) وحكم هذا النوع أعاده الماوردي في موطن آخر فبعد أن ذكر نص المزني عن الشافعي قال الماوردي «وهذا كما قال. لا يجوز بيع الجوز في قشرتيه معا يابسا كان أو رطبا فإذا زالت القشرة العليا جاز بيعه بالقشرة الباقية لأنه يدخر فيها رطبا كان أو يابسا ، وكذلك الرانج وهو التارجيل يكون عليه قشرتان فلا يجوز بيعه في القشرة العليا ، وإذا أزيلت عنه جاز بيعه في الثانية لأنه يدخر فيها» الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٤١ ، وانظر مختصر المزني ج٨ ص ١١٨ ، ولقد رجعت إلى الأم فوجدت الأمر كما في مختصر المزني. ونص الأم «والجوز واللوز والرانج وما أشبه يسرع تغيره وفساده إذا ألقى ذلك عنه وادخر ، وعلى الجوز قشرتان قشرة فوق القشرة التي يرفعها الناس عليه ، ولا يجوز بيعه وعليه القشرة العليا ، ويجوز وعليه القشرة التي إنما يرفع وهي عليه لأنه يصلح بغير العليا ولا يصلح بدون السفلى ، وكذلك الرانج وكل ما كانت عليه قشرتان ...» قال «ويجوز بيع الجوز واللوز والرانج ، وكل ذي قشرة يدخره الناس بقشرته مما إذا طرحت عنه القشرة ذهبت رطوبته وتغير طعمه ويسرع الفساد إليه مثل البيض والموز في قشوره». الأم ج٣ ص ٥٢ مجلد / ٢ باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار ، وانظر. الشامل ص ٢٩٧ ، والمهذب ج١ ص ٢٦٤.

(٣) وأعاد الماوردي حكم هذا النوع في ص ٢٤١ من الحاوي ج٣ فقال: «فأما اللوز فحكمه حكم الباقلي عليه قشرتان فإن كان مشتدا لم يجز بيعه في قشرتيه حتى تزول (=)

إلى جواز بيعه فى قشرتيه رطبا ، اعتبارا بكمال نفعه واستطابة أكله ، وهو أيضا قول أبى سعيد الأصبخري. وذهب البغداديون: إلى المنع من بيعه فى قشرتيه رطبا ، كما يمنع منه إذا كان يابسا^(١).

أقول: فنص الماوردي كنص صاحب التتمة السابق فى بيان الحكم إلا أن ذكره للخلاف جاء فى النوع الثانى لكن هذا لايعنى عدم الخلاف فى النوع الأول ، بل المقصود بيان أن من ثمار المستتر بقشرتين ما يستطاب أكله رطبا على ما جرت به العادة ، ومن ثم قرن الخلاف به ، وإلا فالخلاف فى النوعين كما هى عبارة البعض كصاحب التتمة السابق. وكما فى نص الروضة وغيرهما.

يقول النووي «وأما ماله كما مان يزال أحدهما ويبقى الآخر إلى وقت الأكل كالجوز واللوز والرمان فيجوز بيعه فى القشر الأسفل ، ولايجوز فى الأعلى لا على الشجر ولا على الأرض . وفى قول: يجوز فى القشر الأعلى مادام رطبا»^(٢).

وفى البيان عن الشيخ أبى حامد وابن الصباغ جاء «ذكر الشيخ أبو حامد: أنه لايجوز بيع الجوز واللوز وعليه قشرته العليا على شجره ولا على الأرض لأنه لا مصلحة له فى بقائه فيها ، ويجوز بيعه فى قشرته السفلى على شجره لأن بقاءه فيها من مصلحته. وذكر ابن الصباغ: هل يجوز بيعهما فى قشرتهما العليا إذا كانا أخضرين على الشجر؟ فيه وجهان. وإن كانا يابسين لم يجز وجه واحد»^(٣).

(=) عنه العليا ، ثم يجوز بيعه فى الثانية ، وإن كان رطبا فى جواز بيعه فى قشرتيه وجهان على اختلاف أصحابنا فى بيع الباقي الرطب ، لأن قشرة اللوز العليا يستطاب أكلها مع اللوز قبل اشتداده لمزااة فيها .

(١) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٣٧ فى تقسيمه للثمار.

(٢) روضة الطالبين ج٢ ص ٢١٥ .

(٣) البيان ص ١٦٧ .

فالشيخ أبو حامد ذكر ظاهر المذهب فى الجوز واللوز ، وهو عدم صحة بيعهما فى القشرة العليا يابسين أو أخضرين على الشجر أو على الأرض .
بينما ابن الصباغ ذكر فى الأخضرين على الشجر الوجهين ، أما فى اليابسين فلا يصح وجها واحدا^(١) .

وابن الصباغ فى كتابه الشامل نسب الجواز فى الرطبين إلى أبى العباس بن القاص^(٢) وأبو سعيد الاصطخري قياسا على الباقلاء الأخضر .

جاء فى الشامل « وقال أبو العباس بن القاص وهو أحمد بن أحمد الطبرى وأبو سعيد الاصطخري بجواز بيع الجوز واللوز إذا كانا رطبين أما إذا يبسا فلا يجوز بيعهما فى القشر الأعلى ، فهما قد أعطيا الجوز واللوز الرطبين حكم الباقلاء الأخضر كما سيأتى »^(٣) .

أقول: وقد أوفى بما وعد ، حيث قال فى الباقلاء الأخضر والجوز واللوز .

« قال الشافعى رضى الله عنه ولا يجوز بيع الباقلاء الأخضر حتى ينزع عنه القشر الأعلى . وقال أبو العباس بن القاص وأبو سعيد الاصطخري يجوز بيع الباقلاء الأخضر لأن القشر الثانى يؤكل رطبا ويقاؤه فى قشره الأخضر يحفظ رطوبته ، وكذلك قال فى الجوز واللوز إذا كانا رطبين ، فأما

(١) هذا وقد ذكر النووي فى الروضة أن بطلان البيع فى القشرة العليا بعد اليبس وجها واحدا إنما على القول بعدم جواز بيع الغائب كما قاله إمام الحرمين والبهوى وهو صاحب التهذيب وغيرهما ، وإلا فصاحب التتمة حكى وجها بصحة البيع وإن أبطنا بيع الغائب . يقول النووي بعد ذكره للخلاف فى الرطب « هذا إذا كان الجوز واللوز والباقلاء رطبا . فان بقى فى قشره الأعلى فيبس لم يجز بيعه وجها واحدا إذ لم تجوز بيع الغائب كذا قاله الامام وصاحب التهذيب وغيرهما ، وحكى فيه صاحب التتمة وجها : أنه يصح وإن أبطنا بيع الغائب » روضة الطالبين ج ٣ ص ٢١٥ .

(٢) هو أحمد بن أحمد الطبرى : الشامل ص ٢٩٨ .

(٣) الشامل السابق .

إذا يبسا فلا يجوز بيعهما فى القشر الأعلى»^(١).

وفى شرح المحلى على المنهاج «وماله كما مان كالجوز واللوز والباقى بتشديد اللام مقصورا أى القول «يباع فى قشره الأسفل ولا يصح فى الأعلى» لاستتاره بما ليس من صلاحه بخلافه فى الأسفل «وفى قول يصح إن كان رطباً»^(٢) لتعلق الصلاح به من حيث أنه يصون الأسفل ويحفظ رطوبة اللب. وفى الروضة كأصلها: يجوز بيع اللوز فى القشر الأعلى قبل انعقاد الأسفل^(٣) لأنه مأكول كله كالتفاح ونقله فى شرح المذهب عن الأصحاب»^(٤).

(١) الشامل السابق. ونص المذهب فى الباقل «واختلف أصحابنا فى بيع الباقل فى قشره. قال أبو سعيد الأصبغى: يجوز... ومنهم من قال: لا يجوز، وهو المنصوص فى الأم...» المذهب ج ١ ص ٢٦٤، وفى التتمة ج ٤ ورقة ١٦٨ «الباقى فى القشرة العليا بعد الجفاف كالخطة فى السنبل. فأما الباقى فى القشر فوقانى قبل الجفاف حكمه حكم الجوز فى القشر فوقانى وهو رطب».

وفى حلية العلماء ج ٢ ص ٥٢٦ «وفى بيع الباقل فى قشره وجهان: المنصوص: أنه لا يجوز وقال أبو سعيد الأصبغى: يجوز، وهو قول أبى حنيفة».

(٢) وفى قول يصح: قال به الأئمة الثلاثة، قلىوبى ج ٢ ص ٢٣٥.

(٣) وما فى الروضة قال قلىوبى: هو المعتمد، ومثله القول وإن نقل عن شيخنا الرملى خلافه. والمراد بالانعقاد عدم فساد فى الأسفل بعد زوال الأعلى. قلىوبى ج ٢ ص ٢٣٥.

وقال الهيمى معلقا على قول المنهاج «ولا يصح فى الأعلى الخ»: ويظهر أن الكلام فى باقلا لا يوكل معه قشره الأعلى وإلا جاز كبيع اللوز فى قشره الأعلى قبل انعقاد الأسفل لأنه مأكول كله أ.هـ. قال العبادى: قوله «والا جاز» قال الرملى: ظاهر كلامهم بخالفه. وقال الشروانى: خلافاً للنهاية والمغنى. تحفة المحتاج وحاشيتى الشروانى والعبادى ج ٤ ص ٤٦٦، وفى الشروانى على التحفة السابق «قوله: قبل انعقاد الأسفل» أى قبل اشتداده. ونص الروضة «وجوز بيع اللوز فى القشر الأعلى قبل انعقاد الأسفل لأنه مأكول كله كالتفاح» روضة الطالبين ج ٣ ص ٢١٦.

(٤) شرح جلال المحلى ج ٢ ص ٢٣٥، وفى الأسنى ج ٢ ص ١٠٦ «أما ما يزال أحد كماميه أى قشره ويبقى الآخر للادخار كالجوز واللوز والباقل أى القول واللويبا فهذا لا يصح بيعه فى قشره الأعلى لا على الشجر ولا على الأرض ولو رطباً... فإن أكل ماله قشران بقشره الأعلى قبل انعقاد الأسفل كاللوز صبح بيعه حينئذ فإنه مأكول كله كالتفاح» ولا حظ الرملى على الأسنى السابق.

وفى التحفة على المنهاج «وماله كامان كالجوز واللوز والباقلا» أي
القول «يباع فى قشره الأسفل» لأن بقاءه فيه من مصلحته «ولا يصح فى
الأعلى» على الشجر أو الأرض ... «وفى قول يصح» بيعه فى الأعلى «إن
كان رطباً» لحفظ رطوبته فهو من مصلحته ورجحه كثيرون فى الباقل بل
نقله الرويانى عن الأصحاب والأئمة الثلاثة والاجماع الفعلي عليه^(١).

أقول: من النصوص المتقدمة يتضح أن للشافعية فى حكم بيع
المستتر بكامين محل اتفاق ومحل خلاف.

أولاً: محل الاتفاق. اتفقوا على عدم صحة البيع فى القشرة العليا
إذا كان يابساً لا على الشجر ولا على الأرض لأنه لا مصلحة للثمر فى بقاءه
فى هذه القشرة فهو مستتر بما ليس من صلاحه إذ هو يدخر بدونها. وهو
ما عبر عنه ابن الصباغ وغيره بقوله «وجها واحداً»^(٢) واتفقوا على صحة
البيع فى القشرة السفلى لأن بقاءه فى هذه القشرة من مصلحته وبها يقع
الادخار ، فهو مستتر بما هو من مصلحته.

ثانياً: محل الخلاف. اختلفوا فى حكم بيعه فى القشرة العليا إن
كان رطباً وذلك الخلاف على قولين:

القول الأول: لا يصح بيعه لا على الشجر ولا على الأرض كاليابس.
وهو ظاهر المذهب كما فى التتمة ، وهو المنصوص عليه فى الباقلى وذهب
إليه البغداديون من الشافعية كما فى الحاوى الكبير.

(١) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٦.

(٢) وقد سبق أن النووي ذكر فى الروضة أن صاحب التتمة حكى وجهاً بالجواز وإن أبطلنا بيع
الغائب سبق نص التتمة فى أول المسألة والذى فيه «فأما إذا كان عليه القشر فوقانى
وقد ييس عليه فأراد البيع فيخرج على قولى بيع الغائب» تتمة الابانة ج٥ ورقة ١٦٥.
والقولان فى بيع الغائب. أحدهما: يجوز. والثانى: لا يجوز فكيف يكون ما معنا بيعه
جائز حتى على القول بطلان بيع الغائب؟

القول الثانى: يصح بيعه ولو على الشجر. وهو قول البصريين من الشافعية كما فى الحاوى الكبير ، وذهب إليه أبو سعيد الاصطخري وابن القاص كما فى التتمة ، والشامل ، والمهذب ، والحلية ، واستظهره إمام الحرمين كما فى الروضة ، وهو المعتمد كما فى قليوبى ، ورجحه كثيرون فى الباقل بل نقله الرويانى عن الأصحاب والأئمة الثلاثة والاجماع الفعلى عليه كما فى التحفة ، وأيضاً قال قليوبى: قال به الأئمة الثلاثة.

دليل القول الأول: أن المقصود مستتر بما لا يدخر معه غالباً ، أو نقول: فيما لا مصلحة له فيه فلم يجز بيعه كتراب الصاغة والمعادن والحيوان المذبح فى سلخه^(١).

ولأن الحب قد يكون صفاراً ، وقد يكون كباراً ، وقد يكون فى بيوته مالا شئ فيه ، وقد يكون فيه حب متغير ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز^(٢).

دليل القول الثانى: أن تلك القشرة وهى العليا فيها غرض وهو بقاء الرطوبة بسببها فى اللب ليؤكل رطباً على ما جرت به العادة^(٣) فقشرة اللوز العليا يستطاب أكلها مع اللوز قبل اشتداده لمزااة فيها^(٤) ولتعلق الصلاح بالقشرة العليا من حيث أنه يصون الأسفل ويحفظ رطوبة اللب^(٥) ولأنه يباع فى جميع البلدان من غير إنكار^(٦) والاجماع الفعلى عليه فى

(١) تتمة الابهانة ج٢ ورقة ١٦٥ ، الشامل ص ٢٩٨ ، شرح المحلى ج٢ ص ٢٣٥ ، الأسنى ج٢ ص ١٠٦ ، تحفة المحتاج ج٣ ص ٢٦٤ .

(٢) المهذب ج١ ص ٢٦٤ .

(٣) تتمة الابهانة ج٢ ورقة ١٦٥ ، الشامل ص ٢٩٨ .

(٤) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٣٧ .

(٥) شرح جلال المحلى ج٢ ص ٢٣٥ ، تحفة المحتاج ج٢ ص ٤٦٦ .

(٦) المهذب ج١ ص ٢٦٤ .

الباقلي^(١).

واقعة الشافعي مع الربيع في الباقلي ، والرد عليها:

حكى جمع أن الشافعي رحمه الله أمر الربيع في بغداد بشراء فول أخضر بكسرة أى قطعة درهم^(٢).

وادعى إمام الحرمين كما في الروضة: أن الظاهر فيه الصحة لأن الشافعي رضى الله عنه أمر أن يشتري له الباقلاء الرطب^(٣).

وأجيب بأن هذا باطل من وجوه:

١- أن الربيع لم يصحب الشافعي ببغداد.

٢- أنه على فرض صحة الواقعة فهو مذهب الشافعي القديم المرجوع عنه.

٣- أن الامام الشافعي قد بالغ في الأم في تقريره عدم صحة بيعه قاله الهيثمي في التحفة.

وفي الروضة «قلت: أن المنصوص في الأم أنه لا يصح بيعه. قال صاحب التهذيب وغيره: هو الأصح ، وقطع به صاحب التنبيه».

وأقول: نعم هو في الأم وقد أطال الشافعي في الاحتجاج له ، والرد على المخالف.

٤- قال العبادي: يمكن أن يقال: أن الربيع قلد في شرائه القائل

(١) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٦.

(٢) قليوبي ج٢ ص ٢٣٥ ، تحفة المحتاج السابق ، أسنى المطالب وحاشية الرملى ج٢ ص ١٠٦.

(٣) الروضة ج٢ ص ٢١٥.

بصحته باذن الشافعي. لكن يرد عليه أنه يمتنع على الشافعي أكله تقليدا
لامتناع التقليد عليه^(١).

اللوبيا:

حكم اللوبيا الرطب حكم الجوز واللوز والباقلاء ، هكذا فى الأسنى
الذي لم يذكر إلا ظاهر المذهب^(٢) واعتمده المغنى. ورد بأنها مأكولة كلها
كاللوز قبل إنعاقد الأسفل^(٣).

قصب السكر:

قال فى الاستقصاء ونقله فى المطلب عن الماوردي: نعم يصح بيع
قصب السكر فى قشره الأعلى. ذكر ذلك الأسنى وقال الرملى: هذا إشارة إلى
تصحيحه.

وروجه: أن قشرة الأسفل كباطنه لأنه قد يمض معه فصار كأنه فى قشر
واحد كالرمان. وقال الرملى: وبأن قشره ليس ساترا لجميعه بل يستره من
الأعلى دون الأسفل فرؤية البعض دالة على الباقي^(٤).

وفى قليوبى «ويصح بيع القصب فى قشره الذي لا يمض معه ولو
مزروعا على المعتمد حيث بلغ قدرا ينتفع به^(٥) ولا يكلفه قطعه إلا عند
كماله على العادة»^(٦).

- (١) أنظر هذه الجواهرات. روضة الطالبين السابق ، تحفة المحتاج وحاشية العبادى ج٤ ص
٤٦٦ ، حاشية قليوبى ج٢ ص ٢٣٥ ، وأنظر. الأم ج٢ ص ٥١ وما بعدها مجلد ٢ /
باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار ، أسنى المطالب وحاشية الرملى ج٢ ص ١٠٦ .
(٢) أسنى المطالب وحاشية الرملى ج٢ ص ١٠٦ .
(٣) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٦ .
(٤) أسنى المطالب وحاشية الرملى ج٢ ص ١٠٦ ، تحفة المحتاج وحاشية الشروانى ج٤
ص ٤٦٦ .

- (٥) إذ هذا هو بدو صلاح القصب المذكور .
(٦) قليوبى ج٢ ص ٢٣٥ ، وقد سبق عندهم أن المبيع بعد بدو الصلاح مبقى إلى أوان
الجزا ، والفائدة عدم جبر المشتري على قطعه .

وفى فتاوى السيوطي فى باب الشركة: عدم الصحة إن كان فى الأرض مستورا بقشره. «وشراء القلقاس وهو مدفون فى الأرض باطل ، وكذا القصب فى الأرض إن كان مستورا بقشره وإلا يصح».

قال العبادى: وفيما ذكره فى القصب نظر. وقال الشروانى: وصحة بيع القصب ينبغى ولو مزروعا لأن ما يستتر منه فى الأرض غير مقصود غالبا^(١).

والخلاصة فى القصب: أن الصحيح المعتمد جواز بيعه مزروعا بعد بدو صلاحه وإنما صح فى قشره الأعلى بخلاف غيره لأن غير القصب قشره ساتر لكله ، وقشر القصب ساتر لبعضه غالبا فروية بعضه دالة على باقية ، وأيضا فقشره الأسفل كثيرا ما يمس معه فصار كأنه فى قشر واحد كالرمان^(٢).

أساس المنع وأثره فى مسائل المستتر:

يشير النووي سؤالا فيقول: هل المنع فى صور الفرع^(٣) مقطوع به؟ أم مفرع على منع بيع الغائب؟.

والجواب أن فى المسألة قولين:

القول الأول: هو مفرع على منع بيع الغائب. وبه قال امام الحرمين ورجحه البعض.

(١) حاشيتى الشروانى والعبادى ج٤ ص ٤٦٦.

(٢) تحفة المحتاج وحاشية الشروانى ج٤ ص ٤٦٦.

(٣) يعنى ما ذكره من صور للمنع تحت قوله «فرع»: يشترط ظهور المقصود. وفى شرح المحلى ج٢ ص ٢٣٥ «ثم المنع فى الصورة المذكورة ونحوها. قيل: مبنى على منع بيع الغائب. وقيل: ليس مبنى عليه لأن المبيع فى بيع الغائب يمكن رده بعد الرؤية بصفته وهنا لا يمكن ذلك. قال فى الروضة: وهذا أصح». والمراد بالصورة المذكورة هى: ماله كسامان ونحوها مما له كم لا يزال للأكل. وقيل: كجلد الكتاب. وقيل: كالزروع فى سنبلة. قليوبى ج٢ ص ٢٣٥.

فان جوزنا بيع الغائب صح البيع فى جمعيتها. وإذا قلنا بالمنع فباع الجوز مثلاً فى القشر الأعلى مع الشجرة أو باع الحنطة فى سنبها مع الأرض فطريقان. أخدهما يبطل فى الجوز والحنطة ، وفى الشجرة والأرض قولاً تفريق الصفقة ، وأصحهما: القطع بالبطلان فى الجميع للجهل بأحد المقصودين وتعذر التوزيع^(١).

القول الثانى: ليس مفرعاً عليه لأن المبيع فى بيع الغائب يمكن رده بعد الرؤية بصفته ، وهنا لا يمكن ذلك.

قال النوى: قلت: هذا أصح ، ونقله الماوردي عن جمهور الأصحاب^(٢).

أقول: وما صححه النوى إنما هو كما قال قليوبى: بناء على القول المرجوح^(٣).

والمتولى فى التتمة أحال الحكم فى الجوز ونحوه إلى القولين فى بيع الغائب «فأما إذا كان عليه القشر فوقانى وقد يبس عليه فأراد البيع فيخرج على قولي بيع الغائب لأن عليه ساتراً ليس من مصلحته ، وصفة

(١) فى الشامل: لو بيع الزرع مع الأرض: فإذا قلنا: يجوز صح البيع على الأرض والزرع. وإذا قلنا: لا يجوز فسد البيع فى الزرع لأنه مجهول وهو مقصود فلا يكون تبعاً للأرض فلم يصح البيع فى الزرع ، وهل يصح فى الأرض؟ مبنى على القولين فى تفريق الصفقة. فان قلنا: أن الصفقة لا تفريق بطل فى الكل. وإن قلنا: تفريق. فان قلنا: يأخذ مالم يبطل العقد فيه بجميع الثمن وهو القول الضعيف فان البيع لا يبطل فى الأرض ويكون المشتري بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن دون الزرع وإن شاء رد. وإن قلنا: إنما يأخذ الباقي بالحصة فسد العقد فى الكل لأن ثمن الزرع مجهول لأنه فى نفسه مجهول ، لأن قيمته تعين قائماً وهو فى تلك الحال مجهول فلا يمكن معرفة حصة الأرض من الثمن فلا يصح البيع فى الكل. الشامل ص ٢٧٥ وانظر. أسنى المطالب وحاشية الرملى ج ٢ ص ١٠٦ ، حلية العلماء ج ٢ ص ٥٤٨ ، ٥٤٩.

(٢) روضة الطالبين ج ٣ ص ٢١٦ ، وانظر. شرح المحلى ج ٢ ص ٢٣٥ وقد سبق نصه قريباً.

(٣) حاشية قليوبى على شرح المحلى السابق.

المقصود معلومة بالعادة. فأما فى حال الرطوبة إن جوزنا بيع الغائب جاز ذلك ، وإن لم نجوز بيع الغائب فظاهر المذهب أنه لايجوز ، وقد نص عليه فى الباقلى الأخضر. وذهب الاصطخري وابن القاص من أصحابنا إلى جوازه^(١).

مذهب الحنابلة :

يرى الحنابلة صحة بيع كل ما هو مستتر فى قشره وكل ما مأكوله فى جوفه ، وبيع الحب المشتد فى سنبله سواء كان على شجره أو مقطوعا على وجه الأرض. هذا المذهب وعليه الأصحاب قاطبة وقطعوه به. إلا أنه فى التلخيص قال: يصح على المشهور عن الامام أحمد وسواء كان فى إبقائه صلاح ظاهر أو لم يكن.

ففى الانصاف « ويصح بيع الباقلاء والجوز واللوز فى قشرته والحب المشتد فى سنبله. هذا المذهب وعليه الأصحاب قاطبة وقطعوا به إلا أنه قال فى التلخيص: يصح على المشهور عنه ، وسواء كان فى إبقائه صلاح ظاهر أو لم يكن »^(٢).

وفى الروض « ويصح بيع ما مأكوله فى جوفه كرماني وبطيخ وبيض لدعاء الحاجة لذلك ولكونه مصلحة لفساده بازالته. ويصح بيع الباقلان ونحوه كالحمص والجوز واللوز فى قشره »^(٣).

وفى المغنى والشرح « ويجوز بيع الجوز واللوز والباقلا الأخضر فى قشرته مقطوعا وفى شجره وبيع الحب المشتد فى سنبله ، وبيع الطلع قبل تشققه مقطوعا على وجه الأرض وفى شجره. وبهذا قال أبو حنيفة

(١) تنمة الابانة ج٤ ورقة ١٦٥.

(٢) الانصاف ج٤ ص ٣٠٩.

(٣) الروض المربع ج٢ ص ٤٢ ومعه حاشية العنقري.

ومالك»^(١).

وفى كشف القناع «يصح بيع الباقل والجوز واللوز ونحوه كالحمص فى قشريه مقطوعا وفى شجره ... يصح بيع الحب المشتد فى سنبله مقطوعا وفى شجره ... ويدخل الساتر من قشر وتبن تبعاً فان استثنى القشر أو التبن لم يصح البيع لأنه يصير كببيع النوى. يصح بيع التبن دون الحب قبل تصفية الحب منه لأنه معلوم بالمشاهدة كما لو باع القشر دون ما داخله أو باع التمر دون نواه ، قال فى شرح المنتهى: وفيه نظر ، لأن ما لا يصح بيعه مفردا لا يصح استثناءه»^(٢).

أقول: من هذا النص الأخير يعلم أن الغلاف من قشر ونحوه يدخل فى البيع تبعاً فالبيع إذا وقع على الحب دخل غلافه تبعاً ولا يصح استثناء هذا الغلاف حتى لا يكون المبيع هو الحب وحده ، وبيعه وحده لا يصح كببيع النوى فى التمر وحده.

القطن:

والقطن إذا كان مما يبقى أصله فى الأرض أعواما كقطن الحجاز فإنه يجوز إفراد أصله بالبيع وفى هذه الحال يخضع جوز القطن لأحكام التبعية فان كان قد تفتح وقت البيع فهو للبائع وإلا فللمشتري كالنخل قبل التأبير وبعده^(٣).

أما إذا كان القطن مما لا يبقى أصله إلا سنة كقطن مصر فان كان جوزه ضعيفا رطبا لم يقو أى لم يشتد ما فيه لم يصح بيعه كالزروع الأخضر إلا

(١) المغنى ج٢ ص ٢٢٦ ، الشرح الكبير ج٢ ص ٣٧ ، ٣٨ ، ومذهب أحمد حكاه هكذا.

الشاشى فى حلية العلماء ج٢ ص ٥٢٦.

(٢) كشف القناع ج٢ ص ١٧٢ ، ١٧٣.

(٣) وقد استوفينا فى بحث مدى التبعية.

بشرط القطع فى الحال^(١) وإن قوى حبه واشتد جاز بيعه مطلقا وبشرط التبقية كالزراع اذا اشتد حبه جاز بيعه مطلقا وبشرط التبقية^(٢).

المقارنة بين المذاهب والأدلة

أقول: مما سبق فى المذاهب يتضح الآتى:

أولاً: إذا بيع الحب وحده دون غلظه فإن هذا البيع لا يصح عند الجمهور، وقال الحنفية بجواز بيعه والوجه عندهم يقتضى ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج لأنه لم يره. وهو الذى حكاه ابن حزم الظاهرى عن الامام أبى حنيفة، بينما حكى ابن رشد الحفيد ونقله عنه غيره من المالكية اتفاق الفقهاء على عدم الجواز، وقد أوضحنا هذا فى مذهب الحنفية. ولعل الحنفية لم يعتبروا هذا من الغرر الكثير، والجهالة الفاحشة المؤثرة على صحة البيع.

بينما الجمهور اعتبره من الغرر المؤثر. يقول ابن رشد «ومن المسموع الذى اختلفوا فيه من هذا الباب ما جاء عنه عليه الصلاة والسلام من النهى عن بيع السنبلى حتى يبيض والعنب حتى يسود» ثم قال «القول فى بيع الحنطة فى سنبليها دون السنبلى، وبيع السنبلى بحنطته؛ وذلك أن العلماء اتفقوا على أنه لا يجوز بيع الحنطة فى سنبليها دون السنبلى»^(٣).

وقال الباجى أنه لا خلاف فى عدم جواز إفراد الحب بالبيع جزافاً وهو فى قشره «فإن استتر فيها كحنطة مجردة عن سنبليها وجوز ولوز عن قشره جزافاً فلا يجوز. الباجى: لا خلاف أنه لا يجوز أن يفرد فى البيع دون قشره

(١) سبق فى حكم البيع بعد الظهور وقبل بدو الصلاح.

(٢) كشف القناع ج ٣ ص ٢٨٣، وتقدم الكلام عن هذه الأحوال فى المبحث الأول من الفصل الثالث.

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣١، تهذيب الفروق ج ٣ ص ٢٧٢ الفرق ١٩٣.

على الجزاف مادام فيه»^(١) والمنوع عند المالكية بيعه جزافا. ويصح على الكيل كما تقدم في مذهبهم.

والراجع في نظرنا هو ما ذهب إليه الجمهور للآتي:

١- أنه بيع مالم تعلم صفته ولاكثرته^(٢).

٢- يقول ابن حزم: ولا يحل بيع حب البر دون أكمامه من قبل اخراجه منها. لأن ذلك بيع غرر لا يدرى مقداره ولاصفته ولا رآه أحد فيصفه ، وبالضرورة يرى كل أحد أنه لا يمكن البتة وجود الرضا على مجهول ، وإنما يقع التراضي على ما علم وعرف فاذا لا سبيل إلى معرفة صفات كل ما ذكرنا ولا مقداره فلا سبيل إلى التراضي به ، وإذا لا سبيل إلى التراضي به فلا يحل بيعه وهو أكل مال بالباطل^(٣).

ثانيا: نقل صاحب الكفاية من الحنفية الاجماع على جواز بيع الشعير في سنبله قال «يجوز بيع الشعير في سنبله بالاجماع»^(٤) والأمر كذلك في المذاهب الأخرى إلا أن الشافعية خصوا الجواز بشعير ، وذرة ، وسلت ، ودخن ونحو ذلك مما حباه ظاهرة إذ أن لكل مما ذكر نوعان أحدهما: حباه ظاهرة ، والثاني: ليست حباه ظاهرة. وعليه فيكون الاجماع على الأول ، أما الثاني فهو كالحنطة فيه الخلاف بين الجمهور ، والشافعية.

(١) جواهر الأكليل ج٢ ص ٦٠.

(٢) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣١ ، تهذيب الفروق ج٣ ص ٢٧٢ الفرق ١٩٣.

(٣) المحلى ج٧ ص ٢٩٤ مسألة ١٤٢٧.

(٤) شرح الكفاية على الهداية ج٥ ص ٤٩٤ ، وهو يعنى إجماع أهل العلم وليس إجماع فقهاء الحنفية فقط. آية ذلك: أن الحنفية يجيزون بيع المستور بخلافه جميعه ولم أر لهم خلافا فيه ، ومن ثم لا معنى لاختصاص الشعير بالاجماع إلا إذا قلنا: إجماع أهل العلم، وأوضح من هذا قوله عند الاستدلال للجواز في الحنطة ونحوها «ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير حيث يجوز بيع الشعير في سنبله بالاجماع ، والجامع كونه ما لا متقوما» الهداية وشرح الكفاية ج٥ ص ٤٩٤ ، ٤٩٥.

ثالثا: بيع الحب مع سنبله كالحنطة ونحوها مما له غلاف ، ولا تظهر حباته ، وبيع الجوز ، واللوز ، والرانج ، والفستق ، والبقله ونحوها مما له كامان أي قشرتان عليا وسفلى ، فهذا قد فيه الفقهاء . وهذا الخلاف على اتجاهين^(١) .

الاتجاه الاول: القائلون بالجواز:

وأصحاب هذا الاتجاه هم أكثر العلماء . أهل المدينة ، وأهل ال قال به الحنفية والمالكية ، والحنابلة . فعند هؤلاء يجوز بيع المستتر من الثمر والحب بعد بدو الصلاح سواء استتر بقشرة واحدة أو بـ وسواء كان الثمر على رؤوس شجره ، والزرع قائما فى أرضه أو .

(١) لاحظ ما سبق فى المذاهب . ويقول ابن رشد «ومن المسموع الذى اختلفوا فى الباب ما جاء عنه عليه الصلاة والسلام من النهى عن بيع السنبل حتى يبيض حتى يسود» ثم قال «واختلفوا فى بيع السنبل نفسه مع الحب فيجوز ذلك عند العلماء . مالك وأبو حنيفة وأهل المدينة ، وأهل الكوفة . وقال الشافعى: لا يـ السنبل نفسه وإن اشتد ...» بداية المجتهد، ج٢ ص ٢٣١ ، تهذيب الفروق ٢٧٢ الفرق ١٩٣ .

ويقول النووي عند قول حديث أنس «ونهى عن السنبل حتى يبيض» : «فيه دليل مالك والكوفيين وأكثر العلماء أنه يجوز بيع السنبل المشتد . وأما مذهبنا ففيه فان كان السنبل شعيرا أو ذرة أو ما فى معناها مما ترى حباته جاز بيعه ، وحنطة ونحوها مما تستتر حباته بالقشور التى تزال بالدهاس ففيه قولان للشافعى الله عنه الجديد أنه لا يصح وهو أصح قوليه . والقديم أنه يصح ...» شرح مسلم ج ١٨٢ ، وانظر . سبل السلام ج٣ ص ٤٧ ، وفى حلية العلماء ج٢ ص ٥٢٦ ، الحنطة فى سنبلها قولان . أصحابهما : أنه لا يجوز . والثانى : وهو قوله القديم : أنه وهو قول أبى حنيفة ومالك وأحمد ، . وانظر . تنمة الايمان ج٤ ورقة ١٦٨ ، الحار ج٦ ص ٢٣٨ ، الشامل ص ٢٩٩ .

ويقول ابن قدامة «يجوز بيع الجوز واللوز والباقلاء الأخضر فى قشرته وفى وبيع الحب المشتد فى سنبله ، وبيع الطلع قبل تشققه مقطوعا على وجه الأرض شجره ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعى: لا يجوز حتى ينزع الأعلى إلا فى الطلع والسنبل فى أحد القولين» المغنى ج٤ ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ الكبير ج٤ ص ٣٧ ، ٣٨ ، وانظر . البيان ص ١٦٧ ، والهاوى الكبير ج٦ ص

على وجه الأرض. وبالجواز قال الشافعي في القديم ، ورأيته في السنبيل لابن حزم^(١) والاباضية في قول^(٢).

والأوجه عند الحنفية ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج لأنه لم يره.

والجواز عند المالكية في الزرع له شروط لا بد من توافرها لصحة البيع على الجزاف منها أن لا يكون استتاره بالورق فان كان استتاره بورقه كالقول والحمص ونحوهما مما ثمرته في كل قصبته مستقرة بأوراقه فانه لا يصح بيعه جزافا لا وحده ولا مع غلافه لعدم إمكان حزره. ويصح بيعه على الكيل والوزن^(٣).

وبالجواز قال الشافعية في الرمان والموز ونحوهما كالبطيخ والباذنجان ونحو ذلك مما لا ينحفظ إلا بكمامه هذا ، ولا يزال عنه إلا عند الأكل. وهو الأصح عندهم في طلع النخل قال به أبو علي بن أبي هريرة. وهو المذهب في الأرز في أحد الطريقين قال به ابن القاص ، وأبو علي الطبري وجماعة ومال إليه ابن الصباغ اعتمادا على العادة في الادخار ، والعادة إدخاره في قشره. والعلس كالأرز.

(١) المحلى ج ٧ ص ٣٠٨ مسألة ١٤٣٤ «فاذا سنبل الزرع لم يحل بيعه أصلا لا على القطع ولا على الترك إلا حتى يشتد ، فاذا اشتد حل بيعها حينئذ » والمنوع عنده هو بيع الحب وحده دون كمامه «ولا يحل بيع شئ من المغيبات المذكورة كلها دون ما عليها أصلا ... ولا يحل بيع حب البر دون أكمامه من قبل اخراجه منها » المحلى السابق ص ٢٩٤ مسألة ١٤٢٧.

(٢) «وجاز قبل درس وإن لم يكن المراد الحب ، وبالحب إن تبينت السناهل سواء حصد أو لم يحصد. وقيل: لا يجوز إن لم يحصد كما دخل في عموم قوله: وقيل: لا يجوز بيع غلة على شجره أ.هـ. وعبرة بعضهم: أنه يجوز بيع الشعير في سنبله لا البر وأما الذرة فان بان نصف حبها أو أكثر جاز بيعها فيه » شرح النيل ج ٨ ص ١٢٣ ، ولاحظ ص ١٠٤ ، وانظر نتائج الأقوال ج ٢ ص ٥٢ ، والابضاح ج ٥ ص ٦٧.

(٣) لاحظ ما سبق في مذهب الحنفية والمالكية.

وبالجواز قال بعض الشافعية فى جوز الكتان على عوده إذا أطلق فى البيع وينزل البيع على العود فقط لأنه مقصود.

وبالجواز قال البصريون فيما له قشرتان إذا كان رطباً كالجوز واللوز والرائج والباقلى ، واللوييا ونحو ذلك مما يبقى فى رطبه بقشريته نفع ويؤكل معهما عرفاً ، وهو أيضاً قول أبى سعيد الاصطخري ، وأبى العباس بن القاص ، واستظهره إمام الحرمين ، وهو المعتمد كما فى قليوبى.

والجواز هو المعتمد فى قصب السكر فى قشره الأعلى.

وعلى كل حال إذا قلنا: أن الحكم فى المستتر مفرع على بيع الغائب فانه على القول بصحة بيع الغائب يصح البيع فى جميع المستتر. وقد حكى صاحب التتمة وجهها: أنه يصح وإن أبطنا بيع الغائب^(١).

الاتجاه الثانى: القائلون بعدم الجواز:

يكاد ينحصر هذا الاتجاه فى جديد الشافعى فى غير المستتر بكمام لايزال عنه إلا عند الأكل كالرمان والموز والبطيخ والبادنجان ونحو ذلك ، وفى غير أحد نوعي الشعير ونحوه مما حياته ظاهرة.

فما عدا ذلك ذهب الشافعى فى الجديد إلى عدم صحة البيع فى المستتر كالحنطة ونحوها مما هو مستتر بما لا يدخر فيه وينحفظ بغيره^(٢). وكالجوز والباقلى ونحوهما مما له قشرتان إذا بيع مع قشرته العليا^(٣).

(١) راجع ماسبق فى مذهب الشافعية.

(٢) وهو قول للاباضية فى الحنطة ونحوها كما فى نصهم بهامش الاتجاه الأول.

(٣) ولهذا جاء التنصيص عند الحنفية على جواز بيع الباقلى فى قشره والأرز والسمسم واللوز والفسق والجوز فى قشرها الأول. وقالوا: القشر الأول وهو الأعلى قيد فى الجميع، وإنما قيد به تنصيماً على موضع الخلاف فإن الشافعى لا يجوز بيع ذلك كله. انظر مذهب الحنفية السابق.

وقد علمنا فى الاتجاه الأول أن بعض الأصحاب قال بالجواز فى بعض الأنواع. وعلى كل حال إذا قلنا: أن عدم الصحة ليس مفرعا على منع بيع الغائب وهو القول المرجوح فإن المنع فى صور المستتر مقطوع به.

وإذا قلنا: هو مفرع على منع بيع الغائب وهو أحد القولين فيه وهو مذهب إليه إمام الحرمين ورجحه البعض فإنه لا يصح إفراده بالبيع ، وإذا بيع مع أصله فالأصح القطع بالبطلان فى الجميع للجهل بأحد المقصودين وتعذر التوزيع^(١).

الأدلة:

أدلة الجواز: استدلال الجمهور. الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية فى القديم على جواز بيع المستتر بعد بدو الصلاح بالآتى من السنة والقياس.

أولا: السنة:

١- ما رواه مسلم عن عبد الله بن عمر أن رسول الله - ﷺ - «نهى عن بيع النحل حتى يزهو ، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة. نهى البائع والمشتري»^(٢).

٢- ما رواه ابن ماجه عن أنس «أن رسول الله - ﷺ - «نهى عن بيع الثمرة حتى تزهو ، وعن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد» ولفظ الترمذى «نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد» قال أبو عيسى: هذا حديث حسن غريب لانعرفه مرفوعا إلا من حديث حماد بن سلمة ، وأخرجه أبو داود وغيره بلفظ الترمذى^(٣) وفى رواية عند البيهقى «حتى يفرك»^(٤).

(١) لاحظ ماسبق فى مذهب الشافعية.

(٢) سبق فى حديث ابن عمر بالنص الحاكم حديث رقم (٢) ص ٧٤.

(٣) سبق فى حديث أنس بالنص الحاكم حديث رقم (٣) ص ٧٩.

(٤) السنن الكبرى ج ٥ ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ ، مصنف عبد الرزاق «١٤٣١٧» و «١٤٣٢١».

وجه الدلالة: قال النووي بعد ذكره لحديث ابن عمر «فيه دليل لمذهب مالك والكوفيين وأكثر العلماء في أنه يجوز بيع السنبيل المشتد»^(١). وقال ابننا قدامة في وجه الدلالة لمذهبها ومذهب أبي حنيفة ومالك على جواز بيع كل ما هو مستتر مع غلاقه: أن مفهوم الحديث إباحة بيعه إذا بدا صلاحه وأبيض سنبله^(٢).

واستدل البهوتى بنفس الحديث لصحة بيع الباقلاء والجوز واللوز ونحوه كالحمص في قشره مقطوعا وفي شجره فقال: أن النبي - ﷺ - «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها»^(٣). فدل على الجواز بعد بدو الصلاح سواء كانت مستورة بغيرها أو لا.

واستدل به على جواز بيع الحنطة ونحوها فقال: أن النبي - ﷺ - جعل الاشتداد غاية للبيع وما بعد الغاية مخالف ما قبلها فوجب زوال المنع^(٤) أي وجب زوال عدم الصحة^(٥).

واستدل به في الروض للجواز في الحنطة ونحوها فقال: ويصح بيع الحب المشتد في سنبله لأنه عليه الصلاة والسلام جعل الاشتداد غاية للبيع وما بعد الغاية يخالف ما قبلها فوجب زوال المنع^(٦) قال في الحاشية: وما بعد الغاية هو الاشتداد يخالف ما قبلها وهو غايته.

فان قلت: ان المقرر عند أهل اللغة دخول ما بعد حتى بخلاف إلى؟ قلت: ليس ذلك على الإطلاق بل إذا عدت القرينة ، وهذه القرينة قائمة

(١) شرح مسلم ج ١٠ ص ١٨٢ ، وانظر سبل السلام ج ٣ ص ٤٧ .

(٢) المغنى ج ٤ ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٣٧ ، ٣٨ .

(٣) وهذا القدر متفق عليه في روايات الحديث .

(٤) كشف القناع ج ٣ ص ١٧٢ .

(٥) حاشية العنقرى على الروض ج ٢ ص ٤٣ .

(٦) الروض المربع ج ٢ ص ٤٢ .

على عدم الدخول أ.هـ. «فيروز»^(١).

وبهذا الحديث ونحوه أيضا استدل الحنفية ووجه الدلالة عندهم هو ما سبق قالوا: وحكم الغاية يخالف ما قبلها فظاهاه يقتضى الجواز فى الكل بعد وجود الغاية^(٢). واستدل بهما الشافعية للقديم: وأما إذا كان الحب فى كمام لا يدخر معه كالحنطة والسمسم والحمص واللوبيا والعدس ففيه قولان: قال فى القديم: يجوز ، وهو مذهب أبى حنيفة ومالك. ووجهه: ما روى عن أنس...^(٣).

وقال الماوردي: ودليل من قال بجواز بيعه فى سنبله: رواية حماد بن سلمة عن حميد عن أنس «أن النبى - ﷺ - نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد» فجعل غاية النهى أن يشتد ، فاقضى جواز بيعه من بعد اشتداده كالعنب إذا اسود.

وبرواية أيوب عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله - ﷺ - «نهى عن بيع النخل حتى يزهى ، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة» وفى الحديث دليل كالأول وزيادة تعليل^(٤).

وبحديث ابن عمر استدل ابن رشد للجمهور على السنبل فقال: وحجة الجمهور شيان الأثر والقياس^(٥) فأما الأثر فما روى عن نافع عن ابن عمر.

(١) حاشية العنقرى على الروض ج٢ ص ٤٢.

(٢) مجمع الأنهر ج٢ ص ٢٠ ، الاختبار ج٢ ص ٧ ، الهداية وشرح فتح القدير ، وشرح العناية وشرح الكفاية ج٥ ص ٤٩٤ ، ٤٩٥.

(٣) تسمية الإهانة ج٣ ورقة ١٦٨ ، تحفة المحتاج وحاشيتى الشروانى والعبادى ج٤ ص ٤٦٥ ، شرح جلال المعلى وحاشيتى قليوبى وعميرة ج٢ ص ٢٣٤ ، ٢٣٥ ، أسنى الطالب وحاشية الرملى ج٢ ص ١٠٦ ، المهذب ج١ ص ٢٦٤ ، المحارى الكبير ج٦ ص ٢٣٨ وما بعدها ، الشامل ص ٣٠٠.

(٤) المحارى الكبير ج٦ ص ٢٣٩.

(٥) ولكنه لم يذكر القياس.

أن رسول الله - ﷺ - «نهى عن بيع النخل حتى تزهى ، وعن السنبل حتى تبيض وتأمين العاهة نهى البائع والمشتري». ثم قال: وهى زيادة^(١) على ما رواه مالك من الحديث ، والزيادة إذا كانت من الثقة مقبولة.

ثم قال: وروى عن الشافعى أنه لما وصلت هذه الزيادة رجع عن قوله ، وذلك أنه لا يصح عنده قياس مع وجود الحديث^(٢).

زعم ابن رشد رجوع الامام الشافعى:

أقول: أما قول ابن رشد: أنه لا يصح عند الشافعى قياس مع وجود الحديث فهو كلام صحيح وهو قد عمل به فى القديم المرجوع عنه فقد ذكر الماوردي موافقة الشافعى لأبى حنيفة فى موضع من المبسوط على صحة الحديث بقول الماوردي «وإن كان الحب فى كمام يستره كالحنطة فقد حكى عن الشافعى فى القديم: جواز بيعه وهو مذهب مالك وأبى حنيفة ، ووافقه فى موضع من المبسوط على صحة الحديث»^(٣).

أما فى الجديد فلم أر فى مذهب الشافعى ما يفيد الرجوع عن قوله بعدم الصحة. والذي رأيته فى الام أنه ذكر للشافعى حديث أنس فى الجواز فى السنبل فقال: إن ثبت الحديث قلنا به. والحديث لم يثبت عند علماء الحديث^(٤) ونص الأم «قلت للشافعى: ان على بن معبد روى لنا حديثا عن أنس أن رسول الله - ﷺ - أجاز بيع القمح فى سنبله إذا ابيض. فقال الشافعى: إن ثبت الحديث قلنا به ، فكان الخاص مستخرجا من العام ، لأن

(١) يعنى «وعن السنبل حتى تبيض وتأمين العاهة».

(٢) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣١ ، وانظر نفس الكلام فى تهذيب الفروق ج٣ ص ٢٧٢ الفرق ١٣٩.

(٣) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٣٨.

(٤) وسيأتى بيانه عند مناقشته.

النبي - ﷺ - نهى عن بيع الفسور ، وبيع القمح فى سنبله فسرر لأنه لا يرى» (١) .

٣- روى على بن سعيد باسناده أن النبي - ﷺ - «أجاز بيع القمح فى سنبله إذا ابيض» (٢) وفى الأم «قلت للشافعى: ان على بن معبد روى لنا حديثا عن أنس أن رسول الله - ﷺ - أجاز بيع القمح فى سنبله إذا ابيض. فقال الشافعى: إن ثبت الحديث قلنا به» (٣) .

المناقشة : نوقش الاستدلال بالسنة بالآتى:

١- نوقش بأن الاستدلال بالسنة على الوجه المتقدم استدلال بمفهوم الغاية والحنفية لا يقولون به. فهذه المناقشة موجهة إلى الحنفية ولم تأت من خارج فقهاء المذهب بل قائلها منهم.

ففى الدر «لكن الاستدلال بمفهوم الغاية لا يجوز عندنا» (٤) . وقال الباهرتى «وفيه نظر. لأنه استدلال بمفهوم الغاية. والأولى أن يستدل» (٥) بقوله «نهى» فان النهي يقتضى المشروعية كما عرف» (٦) .

وأجاب سعد جلبي على الباهرتى بقوله «أقول: فى نظره نظران» (٧) وقوله: والأولى أن يستدل بقوله: نهى الخ «أقول: فيه بحث فان فى الاستدلال بما ذكره اعترافا بفساد العقد» (٨) .

(١) الأم ج ٢ ص ٦٨ مجلد / ٢ ، وسيأتى نص آخر للشافعى فى المناقشة مصرح فيه بعدم ثبوت الحديث.

(٢) تنمة الاية ج ٤ ورقة ١٦٨ .

(٣) الأم ج ٢ ص ٦٨ مجلد / ٢ .

(٤) الدر المتقى ومجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٠ .

(٥) يعنى صاحب الهداية.

(٦) شرح العناية على الهداية ج ٥ ص ٤٩٤ .

(٧) ولم يذكرهما .

(٨) حاشية سعد جلبي ج ٥ ص ٤٩٤ ، ٤٩٥ .

وأقول: هو لا يقتضى فساد العقد إلا بشرط الترك فالحنفية يعملون بصدر الحديث لكن بتأويل. يقول ابن الهمام «قد بينا أنا عاملون وأن الاتفاق على انحطاط النهي على بيعها بشرط الترك إلى الزهو وقد منعناه»^(١) أو أن النهي محمول على السلم يعنى لا يجوز الاسلام فيه حتى يوجد بين الناس^(٢).

وعليه فقول سعد جلي ليس بسديد ، وقول الباهرتى هو الصواب إذ هو يقتضى المشروعية فى حال اشتراط القطع ، وفى حال الاطلاق لأنه محمول عندهم على القطع.

ومن ثم فإن الجواب هو ما قاله دامار أفندى حيث قال «إلا أن يقال: أنه مبنى على الزام الشافعي بمذهبه فى المفهوم وإن لم يكن معتبرا عندنا فيكون جوابا إلزاميا على مذهبه ويسمى جدلا ، فعلى هذا يندفع به اعتراض صاحب العناية فلا يلزم عليه ما قاله صاحب الدر»^(٣).

٢- اعترض بأن الحنفية لم يعملوا بصدر الحديث «نهي».

وأجيب من ابن الهمام بأن عاملون. وقال الزيلعى: ولو أجرى الحديث على اطلاقه كان حجة لنا فى هذا الموضع حيث لم يقيد بالفرك ولو كان كما قاله المخالف لقال «حتى يفرك».

أما ابن الهمام فقال «قد بينا إنا عاملون وأن الاتفاق على انحطاط النهي على بيعها بشرط الترك إلى الزهو»^(٤) وقد

(١) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٤ ، وكذلك أيضا إذا كان البيع بعد بدو الصلاح بالمعنى الذي ارتضاه الجمهور. فشرط الترك هو الفساد للبيع عند الحنفية بعد البروز والظهور إلا محمدا فيما تنهى عظمه. وقد أوضحناه فى موضع سابق، ص ٢٦٩.

(٢) تبين الحقائق وحاشية الشلبى ج ٤ ص ١٣ ، وقد أوضحناه فى موضع سابق، ص ١٢٩.

(٣) مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٠.

(٤) بل لو اشتراها بعد الزهو واشترط تركها فالبيع فاسد عند جمهور الحنفية كما أوضحناه فى موضع سابق، ص ٢٧١.

منعناه» (١).

وأما الزيلعي فقال «أو أن النهي محمول على السلم. يعني لا يجوز الاسلام فيه حتى يوجد بين الناس ، ألا ترى إلى ما رواه مسلم والبخاري بإسناده عن النبي - ﷺ - «إذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه» (٢) فيكون حجة لنا في اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين المحل» ثم قال «ولو أجرى على إطلاقه كان حجة لنا أيضا في هذا الموضع لأنه يقتضى جواز بيعه بعد ما ابيض مطلقا من غير قيد بالفرك ولو كان كما قاله لقال: حتى يفرك» (٣).

٣- اعترض على حديث أنس الخاص بالسنبل وحديث على بن سعيد بعدم الثبوت وعلى حديث أنس الذي فيه العنب ، وحديث ابن عمر بالتفرد ، وعلى صحتهما فهما محمولان على الشعر ونحوه. وحول هذا دارت عبارات الشافعية للزود عن مذهبهم الجديد.

فالمتمولى في التتمة يقول «وأما خبر أنس وابن عمر فمحمول على الشعر. وخبر على بن سعيد لم يثبت أهل الحديث» (٤).

وفي الأم يقول الشافعي «وقد قال غيري: يجوز بيع كل شئ من هذا إذا يبس» (٥) في سنبله ، ويروى فيه عن ابن سيرين أنه أجازه ، وروى فيه شئ لا يثبت مثله عمن هو أعلى من ابن سيرين ولو ثبت اتبعناه ولكننا لم نعرفه ثبت ، والله تعالى أعلم. ولم يجز في القياس إلا إبطاله كله ، والله

(١) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٤.

(٢) سبق تخريجه في النص الحاكم في الفصل الثاني من حديث أنس ، وحديث جابر، ص ٧٩ وما بعدها.

(٣) تبين الحقائق ج ٤ ص ١٣ ، وسيأتى أن هناك رواية تقول «حتى يفرك» وهي بالكسر تعنى الاشتداد فتكون حجة للجواز ، وبالفتح تعنى التصفية فتكون حجة للمنع.

(٤) تنمة الاهانة ج ٤ ورقة ١٦٨.

(٥) يقصد الامام مالكا لأن المالكية هم الذين يشترطون يبس الحب لبدو صلاحه.

تعالى أعلم»^(١).

وفى الأسنى «وأما خبر. نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع السنبيل حتى يبيض. أي يشتد فيجوز بعد اشتداده. فأجيب عنه بحمله على سنبيل الشعير ونحوه جمعا بين الدليلين»^(٢) والدليلان كما فى قليوبى هما: الحديث المذكور ، والتعليل المذكور للجديد^(٣) وهذا الحمل كما قال الشروانى: ردا لدليل القديم^(٤) أي فى الحنطة وما أشبه.

وقال عميرة مؤيدا هذا الحمل «أقول: قد يؤيد هذا أن الغالب على قوت الحجاز فى ذلك الزمن الشعير»^(٥).

وفى الشامل: ما روى عن البنى - ﷺ - أنه «نهى عن بيع الحب حتى يشتد» معترض بأن الخبر قد روى «حتى يفرك» بفتح الراء^(٦) فيكون جهة لنا^(٧) أي لجديد الشافعي. إذ المعنى على هذا: التصفية^(٨).

وفيه أيضا: أن النهى قبل الاشتداد كان لعله وهى خوف الجائحة فإذا اشتد زال ذلك وبقي المنع لمعنى آخر وهو الجهالة كما فى قوله تعالى «حتى تنكح زوجا غيره»^(٩)، فإنها إذا نكحت بقي منع آخر وهو العدة بعد الطلاق^(١٠)، وببسط الماوردي قوله فى الجواب فيقول: فأما الجواب عن نهيه

- (١) الأم ج ٣ ص ٥٢ مجلد ٢ باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار.
- (٢) أسنى المطالب ج ٢ ص ١٠٦ ، وانظره فى الشامل ص ٣٠٠ ، وتحفه المحتاج ج ٤ ص ٤٦٥ ، وشرح جلال المحلى وحاشية قليوبى ج ٢ ص ٢٣٤ ، ٢٣٥.
- (٣) قليوبى على شرح المحلى ، وسيأتى تعليل الجديد فى أدلة عدم الجواز.
- (٤) حاشية الشروانى على التحفة ج ٤ ص ٤٦٥.
- (٥) حاشية عمرية على شرح المحلى ج ٢ ص ٢٣٥.
- (٦) سبق تخريج هذه الرواية عند البيهقى.
- (٧) الشامل ص ٣٠٠ ، وانظر. فتح العزيز ج ٩ ص ٨٣ ، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٩٠.
- (٨) الحاروى الكبير ج ٦ ص ٢٣٩.
- (٩) سورة البقرة. جزء من الآية: ٢٣٠.
- (١٠) الشامل ص ٣٠٠ ، وانظر. فتح العزيز ج ٩ ص ٨٣ ، مغنى المحتاج ج ٢ ص ٩٠.

عن بيع الحب حتى يشتد مع تفرد حماد بن سلمة بروايته^(١) فهو: أن هذه غاية قد جعل النبي - ﷺ - بعدها غاية أخرى وهي قوله «يفرك» والحكم إذا علق بغايتين لم يتعلق بوجود إحداها حتى يوجد معا. كما قال الله تعالى ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾^(٢)، فكان النكاح غاية التحريم فاقترض أن يحل بعده ، فلما قال النبي - ﷺ - «لا ، حتى تزوى عسيلته»^(٣) ويزدق عسيلتك^(٤)، صارت هذه غاية ثانية فلا يحل إلا بعد وجودهما ، وصار كأنه قال: فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ويزدق عسيلتها وتزدق عسيلته.

فان قيل: فاذا لم يحل بيعه بعد أن يشتد إلى أن يفرك -فتح الراء- فلم جعل غاية النهى الأول حتى يشتد؟ قيل: ان النهى فى كل واحد من الغايتين لمعنى غير الغاية الأخرى ، فنهيه عن بيعه حتى يشتد لأن ينجو من

(١) قال أبو عيسى: هذا حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث حماد بن سلمة. سنن الترمذي ج٢ ص ١٣ باب ما جاء فى كراهية بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها. سبق تخريج الآية.

(٢) بضم العين وفتح السين مصغر فى الموضعين. واختلف فى توجيهه. فقيل: هو تصغير العسل. وقيل: لأن العرب إذا حقرت الشيء أدخلت فيه ها. التانيث. وقيل: المراد قطعة من العسل والتصغير للتقليل إشارة إلى أن القدر القليل كاف فى تحصيل ذلك بأن يقع تغيب الحشفة فى الفرج. وقيل: معنى العسيلة: النطفة ، وهذا يوافق قول الحسن البصرى. وقال جمهور العلماء: ذوق العسيلة كناية عن الجماع ، وهو تغيب حشفة الرجل فى فرج المرأة. وحديث عائشة رضى الله عنها يدل على ذلك. فعن عائشة أن النبي - ﷺ - قال «العسيلة هي الجماع. رواه أحمد والنسائي» وزاد الحسن البصرى حصول الانزال. قال ابن بطال: شذ الحسن فى هذا وخالف سائر الفقهاء وقالوا: يكفى ما يوجب الحد ويحصن الشخص ويوجب كمال الصداق ويفسد الحج والصوم. وقال أبو عبيدة: العسيلة: لذة الجماع ، والعرب تسمى كل شئ تستلذه عسلا. أنظر منتقى الأخبار وشرحه نبيل الأوطار ج٨ ص ٣٩ - ٤١ كتاب الرجعة.

(٤) والحديث عن عائشة فى امرأة رفاعة القرظي. رواه الجماعة. منتقى الأخبار ج٨ ص ٣٩، سنن أبي داود ج٢ ص ٣٠٣ كتاب الطلاق ، صحيح البخارى بفتح البارى ج٩ ص ٢٧٤ كتاب الطلاق ، وانظر. مجمع الزوائد ج٤ ص ٦٢٥ وما بعدها باب متى تحل المبتوتة؟.

العاهة ، وعن بيعه حتى يفرك لما فيه من الفرر بفقد الرؤية فصار كقوله - ﷺ - « ألا ، لاتوطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تحيض »^(١) وهي بعد الحمل ووجود الحيض لاتحل حتى تغتسل بعد مامضى النفاس والحيض ، إلا أن النهى الأول لحفظ النسب ، والنهي بعده لأجل الأذى.

قال الماوردي: وهذا أصل ، فلهذا بسطنا الكلام فيه. ثم قال: وبمثله يكون الجواب عن حديث ابن عمر ، مع تفرد أيوب بروايته^(٢).

ثانياً: القياس :

استدلوا بالقياس على الرمان والبيض ، وعلى القشرة السفلى فيما له قشرتان. والقياس على الشعير وما أشبه ، وقياس الحنطة ونحوها على الجوز ونحوه فى قشره الأسفل وبيانه كالاتى:

أن الجوز والباقل ونحوهما مما له قشرتين مستور بحائل من أصل خلقتة فجاز بيعه كالرمان والبيض والقشر الأسفل^(٣).

(١) فى الصغير والأوسط للطبرانى عن أبى هريرة عن النبى - ﷺ - « أنه نهى فى وقعة أو طاس أن يقع الرجل على حامل حتى تضع » وفى الحديث بقية والحجاج بن أرطاة وكلاهما مدلس. وعن ابن عباس فى الأوسط « نهى رسول الله - ﷺ - يوم حنين عن بيع الخمس حتى يقسم ، وعن أن توطأ النساء حتى يضعن مافى بطونهن إذا كن حبالى » وفيه: عصمة بن المتوكل ، وهو ضعيف. وعن ابن عباس قال « نهى رسول الله - ﷺ - أن توطأ الحامل حتى تضع » ورجاله ثقات. مجمع الزوائد ج٤ ص ٦٣٤ باب الاستبراء . وانظر كتاب النكاح ص ٥٥٠ باب فيمن وطئ امرأة وحملها لغيره وعند أحمد وأبى داود عن أبى سعيد أن النبى - ﷺ - قال فى سبي أو طاس: « لاتوطأ حامل حتى تضع ، ولاغير حامل حتى تحيض حيضة » منتقى الأخبار ج٨ ص ٩٦ ، والحديث أخرجه أيضا الحاكم وصححه واسناده حسن وهو عند الدارقطنى من حديث ابن عباس وأعل بالارسال. وعند الطبرانى من حديث أبى هريرة باسناد ضعيف. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار السابق ، وانظر سنن أبى داود ج٢ ص ٢٥٤ باب وطء السبايا « ٢١٥٧ ».

(٢) الحارثى الكبير، ج٦ ص ٢٣٩.

(٣) المغنى ج٤ ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٣٧ ، ٣٨ ، والشافعى قد أجاز بيع الجوز ونحوه فى القشرة السفلى.

وفى الروض «ويصح بيع الباقل ونحوه كالحمص والجوز اللوز فى قشره لأنه مستور بحائل من أصل خلقته أشبه الرمان»^(١).

وفى الشامل بعد ذكره مذهبه فيما له كمام من الثمر والزرع قال «وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد: يجوز بيع ذلك كله. واحتجوا: بأن هذا حائل من أصل الخلقة فلا يمنع من جواز البيع كقشر الرمان والبيض»^(٢).

ويقول الماوردي: وقال أبو حنيفة: كل قشر أو كمام كان ساترا للثمرة جاز بيعها معه بكل حال سواء كان فيه مصلحة أم لا. تعويلا على أنه من أصل الخلقة فجرى مجرى أجل^(٣) الثمرة.

وتعليقا بأنه لما جاز بيعه باحدى قشريه وهي السفلي، وهي مانعة من مشاهدته جاز بيعه فى قشريه إذ ليس فيهما أكثر من المنع من مشاهدته لأن ما كانت رؤيته شرطا لم يقع الفرق فيه بين أن يكون مستورا بحائل أو حائلين فى بطلان العقد عليه كالعروض المبيعة، ومالم تكن رؤيته شرطا لم يقع الفرق فيه بين أن يكون مستورا بحائل أو حائلين فى صحة العقد عليه كالمنكوحة^(٤).

واستدل الحنفية أيضا على جواز بيع الخنطة فى سنبلها والباقلاء فى قشره وكذلك سائر الحبوب بالقياس على الشعير بجامع كونه مالا متقوما.

«ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه فى سنبله كالشعير حيث يجوز بيع

(١) الروض المربع ج٢ ص ٤٢.

(٢) الشامل ص ٢٩٨، وأعادته مرة أخرى فى ص ٣٠٠، ولاحظ المنتقى ج٤ ص ٢٢٠.

(٣) الأجل بالضم وعاء الثمرة «جلة التمر» الوعاء. وجمعها جلال مثل برمة ورام و«جل الشين» بالضم أيضا معطمة. المصباح المنير ج١ ص ١٠٥ كتاب الجيم. مختار الصحاح ص ٦٤ باب الجيم.

(٤) الحارثي الكبير ج٦ ص ٢٣٧.

الشعير فى سنبله بالاجماع ، والجامع كونه مالا متقوما»^(١).

ويقول الماوردى: ودليل من قال بجواز بيعه فى سنبله: ... ولأن بقاء الحنطة فى سنبلها إبقاء لها وأمنع من فسادها ولأجل ذلك قال الله تعالى فى قصة يوسف ﴿فما حصدتم فذروه فى سنبله إلا قليلا مما تأكلون﴾^(٢)، وإذا كان بقاء الحنطة فى سنبلها أمنع من فسادها ، جرى مجرى الجوز واللوز فى قشره الذى قد اتفقوا على جواز بيعه إجماعا فكذا الحنطة فى سنبلها حجاجا.

وتحرير ذلك: أنه مجهول بما يصلحه من أصله فجاز بيعه فيه كالجوز واللوز فى قشره^(٣) أي فى قشره الأسفل.

وهذا المعنى هو ما استدل به المتولى لتقديم الشافعي فى الحنطة ونحوها حيث قال: ان ذلك من صلاحه فان الحنطة إذا أريد ادخارها تدخر فى سنبلها وإذا كانت فيه مصلحة صح العقد معه^(٤).

المناقشة:

نوقش ماتقدم بالآتى:

١- أما الجواب عن القول بأن القشرة من أجزائه ففساد بالجلد ، وهو من أجزاء اللحم ، ومنع من جواز البيع لأن المعتبر برؤيته الأجزاء المقصودة دون مالمس بمقصود.

٢- وأما الجواب عن التعليق بأنه مستور باحدى قشرتيه فجاز أن

(١) الهداية وشرح الكفاية وشرح العناية ج٥ ص ٤٩٤ ، ٤٩٥ ، الاختيار ج٢ ص ٧ ، الدر المنتقى ومجمع الأنهر ج٢ ص ٢٠ ، تبين الحقائق ج٢ ص ١٢ ، ١٣.

(٢) سورة يوسف جزء من الآية: ٤٧.

(٣) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٣٩.

(٤) تنحة الابهانة ج٢ ورقة ١٦٨.

يكون مستورا بالقشرة الأخرى: فهو أن إحدى القشرتين من مصلحته وفي رؤيتها تنبيه على جودته وردائه ولا يقتضى ذلك جواز ستره بحائل من ثوب، فكذا بالقشرة العليا التى هي بهذا الحكم^(١).

٣- أما الاستدلال بأن تركه السنبيل ابقاء كترك الجوز واللوز فى قشره الأسفل ، فجمع لا يسلم لوجود الفرق بترك الجوز واللوز فى قشره ، وتصفية البر من سنبله ، فلما اختلف العرف فيها اختلف حكم ما منع من رؤيتهما^(٢).

وأقول: أن العرف والعادة فى مصرنا المحروسة أن القمح ونحوه يدخر بعد تصفيته من سنبله ، وهذا مشاهد ومعلوم للعامة والخاصة ولعل هذا مما يؤيد قول الشافعى فى الجديد بعد نزوله مصر المحروسة.

٤- وأما القياس على الرمان فقياس مع الفارق لأن بقاء الرمان فى كمامه مصلحة له لا يمكن ادخاره إلا فيه^(٣) «وفارق ما قاسوا عليه لأن بقاءه فيه من مصلحته»^(٤).

وفى معرض الرد على اتهام الشافعى أنه يفرق بين قشر وقشر يقول الشافعى فى الأم: ويجوز بيع الجوز واللوز والرمان وكل ذى قشرة يدخره الناس بقشرته مما إذا خرجت عنه القشرة ذهبت رطوبته وتغير طعمه ويسرع الفساد اليه مثل البيض والموز فى قشوره. فان قال قائل: ما فرق بين ما أجزت فى قشوره ، وما لم تجز منه؟ قيل له إن شاء الله تعالى: إن هذا لاصلاح له مدخورا لإبقائه ، ولو طرحت عنه قشرته لم يصلح أن يدخر ، وإنما يطرح

(١) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٣٨.

(٢) المصدر السابق ص ٢٤٠.

(٣) الشامل ص ٣٠٠ ، فتح العزيز ج٩ ص ٨٣.

(٤) الشامل السابق ص ٢٩٨ ، قاله ردا على قياسهم على الرمان والبيض.

الناس عنه قشرته عندما يريدون أكله أو عصر ما عصر منه وليست تجمع قشرته إلا واحدة منه أو توأما لواحد ، وأن ما على الحب من الأكمام يجمع الحب الكثير تكون الحبة والحبتان منها فى كمام غير كمام صاحبتهما فتكون الكمام منها ترى ولاحب فيها ، والأخرى ترى وفيها الحب ثم يكون مختلفا أو يدق عن أن يكون تضبط معرفته معرفة البيضة التى تكون ملء قشرتها ... (٥)

٥- وأما القياس على الشعير المجمع على جواز بيعه فهو قياس مع الفارق ، فالشعير المقيس عليه مما حباته ظاهرة بخلاف الحنطة ونحوها .

دليل من قال من الشافعية بجواز بيع الباقي واللوز ونحوهما رطبا :

تقدم فى مذهب الشافعية أن البصريين وابن القاص ، وأبى سعيد الاصطخري قالوا بجواز بيع الرطب منه ولو على شجره حتى فى القشرة العليا وهو بالطبع قول الائمة الثلاثة حيث لم يفرقوا بين اليابس والرطب وقد مضت أدلتهم ومناقشتها .

وحجة البصريين : أن القشرة العليا فيها غرض وهو بقاء الرطوبة بسببها فى اللب ليوكل رطبا على ما جرت به العادة فقشرة اللوز العليا يستطاب أكلها مع اللوز قبل اشتداده لمزازه فيه ولتعلق الصلاح بالقشرة العليا من حيث أنه يصون الأسفل ويحفظ رطوبة اللب . ولأنه يباع فى جميع البلدان من غير انكار ، والاجماع الفعلى عليه فى الباقي (٢) .

المناقشة :

نوقش بأن المقصود مستتر بما لا يدخر معه غالبا أو نقول : فيما

(١) الأم ج٢ ص ٥٢ مجلد / ٢ باب الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار .

(٢) تنمة الابهانة ج٤ ورقة ١٦٥ ، الشامل ص ٢٩٨ ، الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٣٧ ، شرح

جلال المحلى ج٢ ص ٢٣٥ ، تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٦ .

لامصلحة له فيه فلم يجر بيعه^(١) وقد يكون في بيعته مالا شبيهاً فيه وقد يكون فيه حب متغير ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجر^(٢).

أدلة عدم الجواز:

استدل الجديد الشافعي في محل الخلاف بالآتي: من السنة والقياس^(٣).

أولاً: من السنة:

١- أنه بيع غرر منهي عنه. قال في الأم «أن النبي - ﷺ - "نهى عن بيع الغرر" وبيع القمح في سنبله غرر لأنه لا يري»^(٤) ويقول الشيرازي «واختلف قوله في بيع الحنطة في سنبلها ... وقال في الجديد: لا يجوز لأنه لا يعلم قدر ما فيها من الحب ولا صفة الحب ، وذلك غرر لا تدعو الحاجة إليه فلم يجر»^(٥).

ويقول الماوردي «ودليل قوله في الجديد: أن بيعه باطل. ما روى عن النبي - ﷺ - أنه "نهى عن بيع الغرر" وبيع الحنطة في سنبلها غرر ، لأنه تردد بين الجودة والرداءة ، والصحة والفساد»^(٦).

وفي التتمة «والقول الثاني: وهو قوله الجديد أن العقد باطل. ووجهه: أن النبي - ﷺ - "نهى عن بيع الغرر" وفيه غرر لأنه لا يدري قدر الحب في السنابل ولا يعرف»^(٧).

(١) المصادر السابقة ، وانظر. الأسنى ج٢ ص ١٠٦.

(٢) المهذب ج١ ص ٢٦٤ ، وسيأتي في أدلة عدم الجواز.

(٣) سبق تخريجه في الفصل الأول ص ٥٠ وما بعدها.

(٤) الأم ج٢ ص ٦٨ مجلد / ٢.

(٥) المهذب ج١ ص ٢٦٤ ، وانظر الأم ج٢ ص ٥١ ، ٥٢ مجلد / ٢ باب الوقت الذي يحل

فيه بيع الثمار.

(٦) الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٣٩.

(٧) تتمة الإبانة ج٤ ورقة ١٦٨.

ويقول الماوردي في الجوز ونحوه «ودليلنا نهيه - ﷺ - عن بيع الغرر. وفي بيعه مستورا بقشرة ليست من مصلحته غرر لأنه يمنع من معرفة جيده وردينه» (١).

ويقول ابن رشد في حجة الشافعي «لأنه من باب الغرر» (٢).

ويقول ابن الهمام في حجة الشافعي «والمعول في الاستدلال نهيه - ﷺ - عن بيع الغرر. وفي هذا غرر فانه لا يدري قدر الحنطة الكائنة في السنابل ، والمبيع ما أريد به إلا الحب لا السنابل فرجع إلى جهالة قدر المبيع» (٣).

٢- روى عن النبي - ﷺ - أنه «نهى عن بيع الطعام حتى يفرك» (٤)، يعنى بفتح الراء ، ومعنى الفرك التصفية (٥).

٣- عن جابر عن النبي - ﷺ - أنه «نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري» (٦). ولا يمكن أن يجرى فيه الصاغ إلا بعد التصفية (٧).

المناقشة:

١- بعد أن ذكر ابن الهمام الحنفى أن المعول عليه في الاستدلال عند

- (١) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٣٨.
- (٢) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣١ ، تهذيب الفروق ج٣ ص ٢٧٢ الفرق ١٩٣.
- (٣) شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩٤.
- (٤) السنن الكبرى ج٥ ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ ، مصنف عبد الرزاق «١٤٣١٧» و «١٤٣٢١».
- (٥) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٣٩.
- (٦) سنن ابن ماجة ج٢ ص ٧٥٠ كتاب التجارات «٢٢٢٨» ، السنن الكبرى ج٥ ص ٣١٦ ، سنن الدارقطني ج٣ ص ٨ ، وفي مجمع الزوائد ج٤ ص ١٧٧ كتاب البيوع باب بيع مالم يقبض رواه البزار عن أبي هريرة بلفظ «نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان فيكون لصاحبه الزيادة وعليه نقصان».
- (٧) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٣٩.

الشافعي النهي عن بيع الغرر قال «وألزم على هذا أنه لا يجوز بيع اللوز ونحوه في قشره الثاني لكنه تركه للتعامل المتوارث»^(١).

أقول: ويمكن الجواب عليه بالفرق فالقشرة السفلى من مصلحته والغرر معها يسير بخلاف القشرة العليا حيث لا منفعة له فيها إذ لا يدخر بها ، والغرر معها كثير حيث لا تدعو الحاجة إليه^(٢).

٢- وأما حديث نهى النبي - ﷺ - عن بيع الطعام حتى يفرك بفتح الراء ومعناه التصفية. فعلى فرض صحة الحديث ، فإنه قد روى بكسر الراء ومعناه الاشتداد^(٣) ، واللغة تحتلهما^(٤).

٣- وأما حديث جابر «حتى يجرى فيه الصاعان» ففي الزوائد: في إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وأبو عبد الرحمن الأنصاري وهو ضعيف^(٥) وهو عن أبي هريرة عند البزار لكن فيه بدلا من صاع البائع وصاع المشتري «فيكون لصاحبه الزيادة وعليه النقصان» قال في مجمع الزوائد: وفيه مسلم بن أبي مسلم الجرمي ، ولم أجد من ترجمه ، وبقية رجاله رجال الصحيح^(٦).

(١) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٤.

(٢) لاحظ شرح المحلى ج ٢ ص ٢٣٥ ، ولاحظ في مناقشة المجوزين رد الشافعي على اتهامه بأنه فرق بين قشر وقشر.

(٣) الشامل ص ٣٠٠ ، وانظر فتح العزيز ج ٩ ص ٨٣.

(٤) في مختار الصحاح ص ٢٦٠ باب الفاء «فرك الثوب والسنبل بيده من باب نصر. وأفرك السنبل صار فريكا وهو حين يصلح أن يفرك فيؤكل» ، وفي المصباح ج ٢ ص ٤٧١ كتاب الفاء «فركته عن الثوب فركا من باب قتل مثل حنته وهو أن تحكه بيدك حتى يفتت ويتقشر».

(٥) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٥٠ كتاب التجارات «٢٢٢٨».

(٦) مجمع الزوائد ج ٤ ص ١٧٧ كتاب البيوع باب نقل الطعام.

ثانياً: القياس :

استدلوا على عدم الجواز بالقياس الأولى -كما عند الماوردي- على بيع الحنطة مخلوطة بتبنها بعد الدرس. وبالقياس على تراب الصاغة والمعادن ، وعلى المستور بثوب ، وبالقياس على اللحم فى الجلد بل أولى كما فى الأم وقياساً على حب قطن فى قطن بعينه أو نوى تمر فى تمر بعينه ، واللبن فى الضرع واللحم والشحم فى الشاة ، والدقيق فى الحنطة ، والزيت فى الزيتون ، والعصير فى العنب ونحو ذلك. وبيان ذلك كله فى الآتى:

يقول ابن الصباغ «أن المقصود مستور فيما لا مصلحة له فيه فلم يجز بيعه كتراب الصاغة والمعادن والحيوان المذبح فى سلخه» (١).

(١) - الشامل ص ٢٩٨ ، وانظر أسنى الطالب ج ٢ ص ١٠٦ ، وشرح المحلى ج ٢ ص ٢٢٤ ، ٢٣٥ ، وتحفة المحتاج ج ٤ ص ٤٦٥ ، وهذه الأقيسة والمعانى استدل بها بعض الحنابلة ، والحنفية للشافعى. يقول ابن قدامة «واحتج بأنه مستور بما لا يدخر عليه ولا مصلحة فيه فلم يجز بيعه كتراب الصاغة والمعادن وبيع الحيوان المذبح فى سلخه» المغنى ج ٤ ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، والشرح ج ٤ ص ٣٧ ، ٣٨ ، ويقو دأمار أفندى «وللشافعى: إن كان المبيع مستوراً بشئ لا منفعة له فيه فصار كتراب الصاغة أى كبيع تراب القضة بتراب القضة أو بالفضة» مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٠ ، وفى الهداية «له: أن المقعود عليه مستوراً لا منفعة له فيه فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه» الهداية ج ٥ ص ٤٩٤ .

ويقول الباقى «واستدل بأن المقعود عليه مستور بما لا منفعة له والعقد فى مثله لا يصح كما إذا بيع تراب الصاغة بمثله» شرح العناية ج ٥ ص ٤٩٥ . قال فى شرح الكفاية: أى إذا بيع تراب القضة بتراب القضة أو بالفضة ، وتراب الذهب بتراب الذهب أو بالذهب ، وهو تراب يجتمع فى موضع يصاغ فيه الذهب والفضة» شرح الكفاية ج ٥ ص ٤٩٤ .

ثم ناقشوه بقولهم: أما تراب الصاغة فإنه إما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز ، وفى مستلثنا وهى بيع الحنطة فى سنبلها لو باعه بجنسه لا يجوز لشبهة الربا لأنه لا بد من قدر ما فى السنبل. الهداية وشرح الكفاية وشرح فتح القدير ، وشرح العناية ج ٥ ص ٤٩٤ ، ٤٩٥ .

أقول: وتوجيه القياس على تراب الصاغة بقيد بيعه بجنسه لم أره للشافعية ولا لابن قدامة فى هذا الوطن. وإنما الحنفية قالوه. وهذا مما لا خلاف فيه مع الشافعى ، وإنما الخلاف فى بيعه بغير جنسه لاستتار مافيه بما لا منفعة له فيه. ومن ثم لا فائدة فى الجواب المذكور فى مستلثنا.

وفى الروضة «لا يجوز بيعه مفردا عن سنبله قطعاً ، ولا معه على الجديد الأظهر ، كبيع تراب الصاغة ، وكبيع الحنطة فى تبنيها فانه لاصح قطعاً»^(١) ويقول ابن رشد فى حجة الشافعي «لأنه من باب الغرر ، وقياساً على بيعه مخلوطاً بتبنيه بعد الدرس»^(٢). ويقول العمراني «دليلنا: أن المقصود مستور بما لا يدخر فيه فلم يصح بيعه كما لو باع شاة مذبوحة قبل السلخ»^(٣).

ويقول الماوردي فى الجوز ونحوه «ولأن مامنع من مشاهدته وليس من مصلحته لافرق فيه بين: أن يكون من أصل خلخته أو من غير خلخته فى بطلان البيع به كلحم الشاة المذبوحة فى جلدتها ، والحنطة فى تبنيها ، والفضة والذهب فى تراب معدنها. فلما كانت هذه كلها يبيعها فاسدة لأنها مستورة بما يمنع من مشاهدتها وإن كانت من خلقة أصلها وجب أن يكون حكم الثمار مثلها»^(٤). ثم إن الماوردي اختصر كلامه هذا فى قياسين.

أحدهما: أنه مستور بما ليس من مصلحته ، فوجب أن يكون مبطلا لبيعه ، كما لو كان مستورا بثوب.

والثانى: أنه مبيع يبطل بما يستره من غير الخلقة فوجب أن يبطل بستره مالا مصلحة وإن كان من أصل الخلقة كاللحم^(٥).

(=) وعبارة ابن الهمام جاءت أظهر فى بيان الجامع وإن كانت مقيدة هى أيضاً بالجنس بقول «له أن العقود عليه وهو المبيع مستور بما لا منفعة فيه فلا يجوز بيعه كتراب الصاغة إذا بيع بجنسه بهجام استتاره بما لا منفعة فيه» شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٤.

(١) روضة الطالبين ج ٢ ص ٢١٦.

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣١ ، تهذيب الفروق ج ٣ ص ٢٧٢ الفرق ١٩٣.

(٣) البيان ص ٢٦٧ ، وفى التتمة ج ٤ ورقة ١٦٨ «ولأن المقصود مستتر بما لا يدخر معه غالباً فصار كتراب الصاغة والمعادن».

(٤) الحاوى الكبير ج ٦ ص ٢٣٧ ، ٢٣٨.

(٥) الحاوى السابق ص ٢٣٨.

واستدل على عدم الجواز فى الحنطة ونحوها بقوله «ولأن المقصود بالعقد مستور بما لا يدخر غالبا فيه فوجب أن يكون بيعه باطلا كتراب الفضة والشاة المذبوحة. ولأن الحنطة بعد الدرس فى تبنيها أقرب إلى تصفيتها من أن تكون فى سنبلها ، فلما لم يجز بيعها فى أقرب الحالين إلى التصفية فأولى أن لايجوز فى أبعدهما من التصفية ، ولأنه لما لم يجز أخذ القشر منها إذا كانت فى سنبلها للجهل بها والقشر مساواة ، فالبيع أولى أن لايجوز لأن المعاوضة أفسد بالجهالة من المساواة»^(١).

وقد أطال الشافعي فى الاحتجاج لمذهبه الجديد ، ومما قاله فى الأم «وكل ثمرة وزرع دونها حائل من قشر أو كمام وكانت إذا صارت إلى مالكيها أخرجوها من قشرتها وكمامها بلفساد عليها إذا أخرجوها فالذى اختار فيها أن لايجوز بيعها فى شجرها ولا موضوعة للحائل دونها؟.

فان قال قائل: وما حجة من أبطل البيع فيه؟ قيل له إن شاء الله تعالى: الحجة فيه أنى لا أعلم أحدا يجيز أن يشتري رجل لحم شاة وإن ذبحت إذا كان عليها جلدها من قبل ماتغيب منه وتغيب الكمام الحب المتفرق الذي بينه حائل من حب الحنطة والفلول والدخن ، وكل ما كان فى قرن منه حب وبينه شئ حائل من الحب أكثر من تغيب الجلد اللحم ، وذلك أن تغيب الجلد اللحم إنما يجيئ عن بعض عجفة ، وقد تكون للشاة مجسة تدل على سمانتها وعجفها ولكنها مجسة لأعيان ولامجسة للحب فى أكمامه تدل على امتلانه وضمه ، وذلك فيه كالسمانة والعجف ، ولا على عينه بالسواد والصفرة فى أكمامه وهذا قد يكون فى الحب ولا يكون هذا فى لحم الشاة لأن الحياة التى فيها حائلة دون تغير اللحم بما يحيله كما تحول الحبة عن البياض إلى السواد بآفة فى كمامها ، وقد يكون الكمام يحمل الكثير من الحب والقليل ويكون فى البيت من بيوت القرن الحبة ولا حبة فى الآخر الذى يليه

وهما يريان لايفرق بينهما ويختلف حبه بالضمرة والامتلاء والتغير فيكون كل واحد من المتبايعين قد تبايعا بما لا يعرفان ...»^(١).

وأما القياس على الزيت فى الزيتون ، واللبن فى الضرع ونحو ذلك . فيقول الزيلعى مستدلا للشافعى «وقال الشافعى: لايجوز ، لأن المعقود عليه مستور غائب عن البصر ولايعلم وجوده فلا يجوز بيعه كبزر البطيخ وحب القطن واللبن فى الضرع والزيت فى الزيتون قبل الاستخراج»^(٢).

المناقشة : نوقشت الآقيسة والمعانى المتقدمة بالآتى:

١- أما القول بأن القشر ليس من مصلحة الثمر والزرع المذكور ، فانه قول لايصح. فانه لا أقوام له فى شجره إلا به ، والباقلاء يؤكل رطبا وقشره يحفظ رطوبته. ولأن الباقلاء يباع فى أسواق المسلمين من غير نكير فكان ذلك إجماعا^(٣) وكذلك الجوز واللوز فى شجرهما^(٤).

وفى الهداية «ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه فى سنبله كالشعير ؛ والجامع كونه مالا متقوما»^(٥).

قال البابر تى: كأنه جواب عن قول الشافعى: مستور بما لا منفعة له. ثم يقرر هذا الجواب فيقول: لانسلم أنه لامنفعة فيه بل هو أى المبيع بقشره حب منتفع به ومن أكل الفولية شهد بذلك ، وأن الحبوب المذكورة تدخر فى

(١) الأم ج٣ ص ٥١ مجلد ٢ باب الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار.

(٢) تبين الحقائق ج٤ ص ١٣ ، وانظره أيضا فى البدائع ج٥ ص ١٣٩ ، والهداية وشرح الكفاية ، وشرح العناية ، وشرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩٤ ، ٤٩٥.

(٣) يعنى الاجماع الفعلي الذى استدل به البصريون من الشافعية على جواز بيع الرطب الذى له قشرتان فى قشرته العليا ولو كان على شجره. وقد تقدم فى مذهبهم.

(٤) المغنى ج٤ ص ٢٢٦ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٣٧ ، ٣٨ ، وانظره للبصريين من الشافعية فى تنصه الاباهة ج٤ ورقة ١٦٥ ، والشامل ص ٢٩٨ ، والمحايى الكبير ج٤

ص ٢٢٧ ، وشرح جلال المحلى ج٢ ص ٢٣٥ ، وتحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٦.

(٥) الهداية ج٥ ص ٤٩٤.

قشرها. قال تعالى ﴿فذرّوه في سبيله﴾^(١)، وهو انتفاع لامحالة فجاز البيع كبيع الشعير بجامع كونهما مالين متقومين ينتفع بهما^(٢).

٢- وأما الحيوان المذبوح فقد ناقشه ابننا قدامة بقولهما: يجوز بيعه في سلخه فانه إذا جاز بيعه قبل ذبحه وهو يراد للذبح فكذلك إذا ذبح ، كما أن الرمانة إذا جاز بيعها قبل كسرها فكذلك إذا كسرت^(٣).

أقول: والمعنى أن المقيس عليه مختلف فيه فلا يصلح للاحتجاج به على المخالف في مسئلتنا.

٣- وأما تراب الصاغة والمعدن فقال ابننا قدامة: قلنا فيهما منع وإن سلم فليس ذلك من أصل الخلقة في تراب الصاغة ولا بقاءه فيه من مصلحته بخلاف مسئلتنا^(٤).

أقول: أي أنه قياس مع الفارق ، فتراب الصاغة والمعدن ليس من أصل خلقة الذهب والفضة والمعدن ولا للبقاء فيه مصلحة ، بخلاف الخلقة ونحوها ، والجوز ونحوه فان القشرة من أصل خلقتة وللعب مصلحة ومنفعة فيها.

٤- وأما القياس على الزيت في الزيتون ، واللبن في الضرع وما أشبه، ومطالبة الشافعي من خالفه بالفرق بين مسئلتنا وبين المقيس عليه هنا فان أبا يوسف من الحنفية قد أشار إلى الفرق وتناقله فقهاء الحنفية في كتبهم وإليك بعض نصوصهم في هذا الصدد.

(١) سبق تخريجه الآية.

(٢) شرح العناية ج٥ ص ٤٩٥.

(٣) المغنى ج٤ ص ٢٢٦ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٣٧ ، ٣٨.

(٤) المغنى والشرح السابقين. وانظر أيضا في هذا. الهداية وشرح الكفاية وشرح فتح القدير ، شرح العناية ج٥ ص ٤٩٤ ، ٤٩٥ ، وقد سبقت نصوصهم بهامش سابق أوضحنا فيه عدم الفائدة من توجيه الحنفية للقياس والرد عليه في مسئلتنا.

يقول ابن الهمام «وأورد المطالبة بالفرق بين ما إذا باع حب قطن فى قطن بعينه أو نوى تمر فى تمر بعينه أي باع ما فى هذا القطن من الحب وما فى هذا التمر من النوى فانه لايجوز مع أنه أيضا فى غلافه. أشار أبو يوسف إلى الفرق بأن النوى هناك معتبر عدما هالكا فى العرف فانه يقال: هذا تمر وقطن ، ولا يقال: هذا نوى فى تمره ولاحب فى قطنه ، ويقال: هذه حنطة فى سنبلها ، وهذا لوز وفستق ولا يقال: هذه قشور فيها لوز»^(١).

ثم يقول ابن الهمام مجريا الفرق فيما لم يذكره أبو يوسف «وبما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن فى الضرع واللحم والشحم فى الشاة ، والالية والأكارع والجلد فيها ، والدقيق فى الحنطة والزيت فى الزيتون والعصير فى العنب ونحو ذلك حيث لايجوز لأن كل ذلك منعدم فى العرف لا يقال: هذا عصير وزيت فى محله وكذا الباقي»^(٢).

وعبارة الكاسانى «ويجوز بيع الحنطة وسائر الحبوب فى سنابلها لأن بيع الدقيق فى الحنطة والزيت فى الزيتون ونحو ذلك بيع المعدوم لأنه لا دقيق فى الحنطة ولا زيت فى الزيتون ، لأن الحنطة اسم للمركب ، والدقيق اسم للمتفرق ، فلا دقيق فى حال كونه حنطة ، ولا زيت حال كونه زيتونا فكان هذا بيع المعدوم فلا ينعقد. بخلاف بيع الحنطة فى سنابلها لأن ما فى السنبيل حنطة إذ هى اسم للمركب وهى فى سنابلها على تركيبها فكان بيع الموجود حتى لو باع تبين الحنطة فى سنابلها دون الحنطة لا ينعقد لأنه لا يصير تبنا إلا بالعلاج وهو الدق فلم يكن تبنا قبله فكان بيع المعدوم فلا ينعقد»^(٣).

(١) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٤ ، وانظر الدر المختار وحاشية ابن عايد ج ٤ ص ٤٢ ،

٤٣ ، والدر المنتقى ومجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٠ ، ولا حظ الأم للشافعي ج ٣ ص ٥١ مجلد / ٣ باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار.

(٢) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٤ ، ٤٩٥ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٩ .

ويقول الزيلعى «قلنا: الفرق بينهما أن الغالب فى السنبلة الحطة ألا ترى أنه يقال: هذه حنطة وهى فى سنبليها ، ولا يقال: هذا حب ولا هذا لبن ولا زيت ولا قطن ، وعلى هذا الخلاف الفستق والبندق والجوز والحمص الأخضر وسائر الحبوب المغلفة»^(١).

ويقول الباهرتى «فان قيل: ما الفرق بين مسئلتنا وبين ما إذا باع حب قطن فى قطن بعينه أو نوى تمر فى تمر بعينه وهما سيان»^(٢) فى كون المبيع مغلفا؟ فالجواب: أن الغالب فى السنبلة الحطة يقال: هذه حنطة وهى فى سنبليها ، ولا يقال: هذا حب وهو فى القطن ، وإنما يقال: هذا قطن ، وكذلك فى التمر ، أشار إليه أبو يوسف رحمه الله»^(٣).

وفى شرح الكفاية «فان قيل: إذا باع حب قطن فى قطن بعينه أو باع نوى تمر فى تمر بعينه لا يجوز مع أنه موجود فى غلافه كالحنطة فى سنبليها. قلنا: أشار أبو يوسف رحمه الله إلى الفرق بينهما فقال: لأن الغالب فى السنبلة الحطة ألا ترى أنك تقول: هذه حنطة وهى فى سنبليها ولا تقول: هذا حب وهو فى القطن ، وإنما تقول: هذا قطن وكذلك فى التمر. كذا فى الذخيرة»^(٤).

سبب الخلاف فى المستتر بغلافه ، والراجع:

كما سبق فى عرض الاتجاهين وأدلة الجواز ، وأدلة المنع فى بيع المستتر بغلافه بعد بدو الصلاح نرى أن المانع قد عول فى استدلاله على الغرر ، وقد أشار إلى هذا ابن الهمام من الحنفية حيث ذكر أن الشافعى فى جديده عول

(١) تبين الحقائق ج ٤ ص ١٣.

(٢) أي مثلان. المصباح المنير ج ١ ص ٣٠٠ كتاب السين ، مختار الصحاح ص ١٧٣ باب السين.

(٣) شرح العناية ج ٥ ص ٤٩٥.

(٤) شرح الكفاية ج ٥ ص ٤٩٤.

على الغرر. وما لامراء فيه أن في المسألة غرر لكن هل هو من الغرر اليسير ، أو مما دعت إليه الضرورة أو ما اجتمع فيه الأمران وكل ذلك مفتفر ، أم هو من الغرر الكثير الذي لم تدع إليه حاجة ومن ثم لا يفتفر؟ بالأول قال الجمهور ، وبالثاني قال الشافعي في الجديد.

يقول ابن رشد في سبب الخلاف في المستتر «... ومن هذا الباب بيع الجوز ، واللوز ، والباقلاء في قشره أجازة مالك ومنعه الشافعي. والسبب في اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر في الببوع أم ليس من المؤثر؟ وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين ، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة ، أو ما جمع الأمرين» (١).

وأقول: إن أقيسه ومعاني الاتجاهين لم تسلم من المعارض لكن من وجهة النظر كانت المعارضة للجواز أقوى بخلاف المعارضة للتحقق فإن التكلف ظاهر فيها.

وأبضا فإن كل هذه الأشياء لا حاجة يدعى إلى بيعها في غلافها قائمة على أشجارها أو على أرضها بعد بدو الصلاح يابسة أو خضراء ، ولا مبرر لجواز بيعها على هذه الحال ، ومن ثم فالغرر فيها من باب الغرر الكثير المؤثر في البيع بالبطان. وقد جرى العرف والتعامل في مصرنا بأن الحنطة وما أشبه لا تباع مع سنبليها قائمة في الأرض بل لا تباع إلا بعد الدياس والتصفية.

لهذا كان الراجح في نظرنا هو مذهب الشافعية الجديد الذاهب إلى بطلان بيع المستتر بغلافه القائم على شجره أو على أرضه أخضرا كان أم يابسا لقوة مأخذه من السنة والمعنى.

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٩ ، وانظره في تهذيب الفروق ج ٣ ص ٢٧٢ الفرق ١٩٣ ، الإيضاح ج ٥ ص ٦٩.

المطلب الثاني

المستتر (المغيب، في الأرض

المغيب: هو ما بعد وتوارى عنك^(١) والمغيب في الأرض من ثمر الزرع قد بعد وتوارى عن البائع والمشتري.

ومثاله ثمرة القلقاس والبطاطس والبطاطا والجزر واللفت والفجل ، والفول السوداني والبصل والتوم ونحو ذلك. فهل إذا بدا صلاحه يجوز بيعه وهو على هذه الحال؟

أقول: اختلف الفقهاء فيه كاختلافهم في بيع المستتر بغلافه. وبيانه كالآتي:

مذهب الحنفية:

يرى الحنفية جواز بيعه ويثبت للمشتري الخيار إذا قلعه^(٢) ثم ان لهم تفصيلا في ثبوت الخيار.

ففي البدائع: إذا اشترى مغيبا في الأرض كالجزر والبصل والتوم والسلق والفجل ونحوها من المغيبات في الأرض فقلع بعضه ورضى بالملقوع أنه لا يسقط خياره عند أبي حنيفة حتى أنه إذا قلع الباقي كان على خياره إن شاء رد الكل وإن شاء أمسك الكل^(٣).

(١) غاب الشيء يغيب غيبا وغيبة وغياها بالكسر ، وغيوها ومغيبا: بعد ، فهو غائب والجمع غيب وغياوب وغيب مثل ركع وكفار وصحب. وغاب القمر والشمس غياها وغيبوبة وتغيب مثل غاب أيضا: وهو التوارى. والغيب كل ما غاب عنك وجمعه غيوب. وفي التنزيل «علام الغيوب» ، المصباح المنير ج٢ ص ٤٥٧ ، ٤٥٨ كتاب الغين ، مختار الصحاح ص ٢٥٢ باب الغين.

(٢) في البدائع ج٥ ص ١٦٤ «... إذا اشترى مغيبا في الأرض كالجزر والبصل والفجل ونحوها أنه يجوز عندنا. وعند الشافعي لا يجوز . ويثبت له الخيار إذا قلعه ، وعنده لا يجوز أصلا» وانظر الاختيار ج٢ ص ٧.

(٣) وفي شرح فتح القدير وغيره: أن هذا لم يذكر في ظاهر الرواية وإنما روى بشر عن أبي (=)

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا قلع شيئا مما يستدل به على الباقي فى عظمه ورضى به المشتري فهو لازم له^(١).

والفتوى على قول الصحابين. جاء فى الدر «وله خيار الرؤية وتكفى رؤية البعض عندهما وعليه الفتوى»^(٢).

قلع المشتري الكل بغير اذن البائع:

ولو قطع المشتري الكل بغير اذن البائع سقط خياره لأنه نقص العقود عليه بالقلع لأنه كان ينمو فى الأرض ويزيد ولا يتسارع إليه الفساد وبعد القلع لا ينمو ويتسارع إليه الفساد ، وانتقاص العقود عليه فى يد المشتري بغير صنعه يسقط الخيار ويلزم البيع فبصنعه أولى.

قلع المشتري البعض بغير اذن البائع:

وكما تقدم فى الكل إذا قلع بعضه بغير إذنه لأنه نقص بعض المبيع ، وانتقاص بعض المبيع بنفسه يمنع رد الباقي فبعضه أولى.

(١) يوسف فيما يكال أو يوزن بعد القلع جاز البيع. فان قلع البعض هل يثبت له الخيار حتى إذا رضى به يلزم البيع فى الكل؟ «وأما إذا كان المبيع مغيبا فى الأرض كالجوز والبصل والتوم والفجل ونحوها لم يذكر فى ظاهر الرواية. وروى بشر عن أبي يوسف إن كان شيئا يكال أو يوزن بعد القلع كالشوم و البصل والزعفران والسلعم إن باعه بعد ما نبت نباتا يفهم به وجوده تحت الأرض جاز البيع فان قلع البعض هل يثبت له الخيار حتى إذا رضى به يلزم البيع فى الكل؟» شرح فتح القدير ج٥ ص ٥٣٩. وانظره فى حاشية الشلبى ج٤ ص ٢٧. هذا وقد ذكر ابننا قدامة عن أصحاب الرأى عدم جواز بيعه. وهو خلاف الموجود فى كتب الحنفية فلعل مرادهما بعض أهل الرأى من غير الحنفية «ولا يجوز بيع ما المقصود منه مستور فى الأرض كالجوز والفجل والبصل والشوم حتى يطلع ويشاهد وهذا قول الشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأى» المغنى ج٤ ص ٢٢٥ ، والشرح ج٤ ص ٢٢٦.

(١) بدائع الصنائع ج٥ ص ٢٩٨ ، الاختيار ج(٢) ص ٧.

(٢) الدر المختار بهامش ابن عابدين ج٤ ص ١٠٦.

قلع الكل باذن البائع أو البعض باذنه أو قلع الباقي بنفسه:

يقول الكاسانى: لم يذكر الكرخى هذا الفصل وينبغى ألا يختلف الجواب فيه على قياس قول أبى حنيفة ومحمد كما فى البيع بشرط الخيار للمشتري إذا انتقص المبيع بفعل البائع أنه يسقط خيار المشتري عندهما وهو قول أبى يوسف الأول وفى قوله الآخر لا يسقط^(١).

رواية بشر عن أبى يوسف:

وفى هذه الرواية يفرق أبو يوسف بين المكيل والموزن وبين المعدود.

فان كان المبيع شيئاً مما يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والبصل والزعفران وقلع بعضه. فاما أن يكون القلع من البائع ، وإما أن يكون من المشتري باذن البائع أو بغير إذنه.

فان كان القلع من البائع أو من المشتري باذن البائع يثبت له الخيار فلو رضى به لزم البيع فى الكل لما عرفت أن رؤية بعض المكيل أو الموزن كروية الكل^(٢) وفى التحفة «وروى عن أبى يوسف أنه قال: إذا كان شيئاً يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والبصل والجزر فانه إذا قلع المشتري باذن البائع أو قلع البائع برضا المشتري يسقط خياره فى الباقي لأن رؤية البعض كروية الكل»^(٣).

وإن كان القلع من المشتري بغير إذن البائع فاما أن يكون المقلوع شيئاً له ثمن ، وإما أن يكون لا ثمن له.

(١) بدائع الصنائع ج٥ ص ٢٩٨ ، وانظر الاختيار ج٧ ص ٢٠ ، ومذهب الحنفية حكاها ابن حزم الظاهرى كما هو وأطال فى التشنيع عليه. المحلى ج٧ ص ٢٩٥ ، ٢٩٦ مسألة ١٢٤٧ وسببى فى الأدلة والمناقشة.

(٢) شرح فتح القدير ج٥ ص ٥٣٩.

(٣) حاشية الشلبى ج٤ ص ٢٧.

فإن كان له ثمن بطل خياره فى الكل فلم يكن له أن يرده رضى بالملقوع أو لم يرض وجد فى ناحية من الأرض أقل منه أو لم يوجد لأن بالقلع صار الملقوع معيبا لأنه كان حيا ينمو ، وبعده صار مواتا ، والتعيب فى يد المشتري يمنع الرد بخيار الرؤية.

وإن كان الملقوع شيئا لا ثمن له لا يبطل خياره لأن وجوده كعدمه^(١).

وفى التحفة «... وإن قلع المشتري بغير إذن البائع لم يكن له أن يرد سواء رضى بالملقوع أو لم يرض إذا كان الملقوع شيئا له قيمة عند الناس لأنه صار معيبا لأنه كان ينمو وبالقلع لا ينمو ، ويحدث العيب فى يد المشتري بغير صنعه يمنع الرد فمع صنعه أولى. وإذا لم يكن الملقوع شيئا له قيمة عند الناس لا يسقط خياره لأنه لا يحصل به العيب»^(٢).

وأجمل الكاسانى هذه الحالة فقال «وروى بشر عن أبى يوسف أن المشتري إذا قلع البعض باذن البائع أو قلع البائع بعضه أنه ينظر إن كان المغيب مما يباع بالكيل أو الوزن بعد القلع فقلع قدر ما يدخل تحت الكيل أو الوزن ورضى به يلزم البيع ويسقط خياره لأن الرضا ببعض المكيل بعد رؤيته رضا بالكل لأن رؤية بعضه تعرف حال الباقي إلا إذا كان الملقوع قليلا لا يدخل تحت الكيل فلا يسقط خياره لأن قلعه والترك بمنزلة واحدة فكأنه لم يقلع منه شيئا»^(٣).

وأما إن كان المغيب مما يباع عددا:

إن قلعه البائع أو المشتري باذنه له الخيار فى الباقي حتى لو رضى به لا يلزم البيع فى الكل لأنه عددي متفاوت فرؤية بعضه لا تكون كروية كله.

(١) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٥٣٩.

(٢) حاشية الشلبى ج ٤ ص ٢٧.

(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٩٨.

وإن قلعه المشتري بغير إذن البائع بطل خياره.

قال ابن الهمام: وقد حكى فيه خلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه ،
فما ذكرنا قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: رؤية بعضه كرؤية كله وجعلناه كالملكيل
والموزون والعبدى المتقارب لأن بيعها يستدل فى العادة على الكل^(١).

ويقول الكاسانى فى رواية بشر عن أبي يوسف «... وإن كان مما يباع
عددا كالسلق والفجل ونحوها فقلع بعضا منه فهو على خياره لأن رؤية
البعض منه لاتفيد العلم بحال الباقي للتفاوت الفاحش بين الصغير والكبير
من هذا الجنس فلا يحصل المقصود برؤية البعض فيبقى على خياره»^(٢).

وفى التحفة أيضا «... وإن كان شيئا يباع عددا كالسلق والفجل والسلق
ونحوها فرؤية البعض لاتكون كرؤية الكل لأن هذا من العدديات
المتفاوتة»^(٣).

ثم إن صاحب التحفة أفاد أن الكرخى ذكر الكلام مطلقا من غير هذا
التفصيل وقال: إذا اشترى شيئا مغيبا فى الأرض مثل الجزر والبصل والثوم
وبصل الزعفران وما أشبه ذلك فله الخيار إذا رأى جميعه ولا يكون رؤية

(١) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٥٣٩.

(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٩٨.

(٣) حاشية الشلبى ج ٤ ص ٢٧ ، وما رواه بشر عن أبي يوسف نقله ابن عابدين عن الهندي
والبحر ، انظر. حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٦ ، وقال ابن عابدين «قلت: بقى شيئ لم
أر من نه عليه ، وهو ما يكون أصله تحت الأرض ويبقى ستين متعددة مثل الفصصة
تزرع فى أرض الوقف وتكون كالكردار للمستأجر فى زماننا فإذا باع ذلك الأصل وعلم
وجوده فى الأرض صح بيعه لكنه لا يرى ولا يقصد قلعه لأنه أعد للبقاء فهل للمشتري
فسخ البيع بخيار الرؤية؟ الظاهر نعم. لأن خيار الرؤية يثبت قبل الرؤية. حاشية ابن
عابدين السابق.

بعضه مبطلا خياره ، وإن رضى بذلك البعض فخياره باق إلى أن يرى جميعه فيرضى أو يرد^(١).

من يقلع عند التمانع منهما؟

فى الايضاح: قال أبو يوسف: إذا اختلف البائع والمشتري فى القلع فقال المشتري أخاف إن قلعت لا يصلح ولا أقدر على الرد ، وقال البائع: أخاف إن قلعت لا ترضى به قال: من تطوع بالقلع جاز ، وإن تشاحا على ذلك فسخ القاضى لأنه لا يمكن الاجبار لما فيه من الاضرار^(٢).

لكن من هو المتطوع؟ العبارة السابقة مطلقة فقد يكون المتطوع منهما ، وقد يكون انسانا آخر غيرهما ، والثانى هو ما فى الفتح «وإن اختلف البائع والمشتري فى القلع فقال المشتري: أخاف إن قلعت لا يصلح لي ولا أقدر على الرد. وقال البائع: لو قلعت فقد لا ترضى. يتطوع انسان بالقلع. فان تشاحا فسخ القاضى بينهما»^(٣) وهو أيضا ما فى البحر^(٤).

والأول هو ما فى البدائع «وقال أبو يوسف: إذا اختلف البائع والمشتري فى القلع فقال المشتري: إنى أخاف إن قلعت لا يصلح لي ولا أقدر على الرد. وقال البائع: إنى أخاف إن قلعت لا ترضى به فمن تطوع منهما بالقلع جاز. وإن تشاحا على ذلك فسخ القاضى العقد بينهما لأنهما إذا تشاحا فلا سبيل إلى الاجبار لما فى الاجبار من الاضرار فتعذر التسليم فلم يكن فى بقاء العقد فائدة فيفسخ»^(٥).

(١) حاشية الشلبى ج٤ ص ٢٧.

(٢) المصدر السابق ص ٢٧ ، ٢٨.

(٣) شرح فتح القدير ج٥ ص ٥٣٩.

(٤) «قال فى البحر: وإن أبى كل القلع تبرع متبرع بالقلع أو فسخ القاضى العقد» حاشية ابن

عابدين ج٤ ص ١٠٦.

(٥) بدائع الصنائع ج٥ ص ٢٩٨.

مذهب المالكية:

يرى الامام مالك جواز بيع المغيب فى الأرض إذا بدا صلاحه ولم يقطع. ففى تهذيب الفروق «المسألة الرابعة: بيع اللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك إذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للأكل ولم يقطع»^(١).

ويقول ابن رشد «واللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك بيعه إذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للأكل»^(٢).

وبه قال الناصر اللقانى فيكفى رؤية ظاهره^(٣). وضعفه العدوى^(٤).

وللمالكية قول آخر مفاده: أنه لا يكفى رؤية ظاهره بل لابد من قلع شئ منه ويراها المشتري وهو ظاهر ابن رشد وغيره. ووضعوا شروطا ثلاثة لجواز بيعه.

الشرط الأول: أن يرى المشتري ظاهره.

الشرط الثانى: أن يقطع شئ منه ويرى فلا يكفى فى الجواز رؤية مظهر منه بدون قلع.

الشرط الثالث: أن يحزر إجمالا ، فلا يجوز بيعه من غير حزر ، كأن يبيع بالقبراط أو الفدان أو القصبة.

(١) تهذيب الفروق ج٣ ص ٢٧٤ الفرق ١٩٣ ، وحكاها ابننا قدامة هكذا «ولا يجوز بيع ما المقصود منه مستور فى الأرض كالجزر والفجل والبصل والثوم حتى يقطع ويشاهد ... وأباحه مالك والأوزاعى وإسحاق» المغنى ج٤ ص ٢٢٥ ، والشرح ج٤ ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، وانظر. حاشية العنقرى على الروض ج٢ ص ٤٠ ، والاتصاف ج٤ ص ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، وأيضاً حكاها ابن حزم الظاهرى وأطال فى التشنيع عليه. المحلى ج٧ ص ٢٩٨ مسألة ١٤٢٧.

(٢) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣٩ ، وانظر. شرح الحرشى ج٥ ص ١٨٦ ، ١٩٣ مجلد / ٣.

(٣) حاشية الدسوقى ج٣ ص ١٨٣ ، حاشية الصعبدى على كفاية الطالب ج٢ ص ١٩٢.

(٤) العدوى على الحرشى، ج٥ ص ١٩٣ ، مجلد / ٣.

ففى الشرح الكبير «ومغيب الأصل كالجزر» والبصل والثوم والفجل واللفت. ويجوز بيعه^(١) بشرط رؤية ظاهره ، وقلع شئ منه ويرى فانه يعرف بذلك ولا يكون مجهولا أ.هـ.

قال الدسوقي «لكن الجواز بشروط ثلاثة. أن يرى المشتري ظاهره ، وأن يقلع شئ منه ويرى فلا يكفى فى الجواز رؤية مظهر منه بدون قلع خلافا للناصر واللقانى. والشرط الثالث: أن يحزر إجمالا ولا يجوز بيعه من غير حزر بالقبراط أو الفدان أو القصبة»^(٢).

ويقول الصعیدى تعليقا على كلام صاحب كفاية الطالب «تنبيه: فيه إشارة إلى جواز بيع مغيب الأصل كالجزر والبصل. وهل يكفى رؤية ظاهره لأنه برؤية ورقه يستدل على ما فى الأرض من كبر أو صغر على ما هو معروف لأهل الخبرة وهو ما عليه الناصر ، أو لا بد من قلع شئ منه ويراها المشتري وهو ظاهر ابن رشد وغيره»^(٣).

وفى الخرشي على خليل «وفى كلام المؤلف إشعار بجواز بيع مغيب الأصل وهو كذلك لكن لا بد أن يقلع منه شيئا ويراها كما هو ظاهر كلام ابن رشد وغيره ، ولا يكفى رؤية مظهر منه دون قلع وذكر الناصر اللقانى أن ذلك يكفى» قال العدوى: وهو ضعيف^(٤).

محل الخلاف:

إنما هو فى شرط القلع. فابن رشد ومن وافقه يشترطونه: والامام مالك والناصر لا يشترطانه فيجوز بيعه برؤية ورقه الذى على وجه الأرض إذ أهل الخبرة يستدلون به على حال الثمرة المغيبة من جودة ورداة ، وصغر وكبر.

(١) أي بيع مغيب الأصل: حاشية الدسوقي السابق ولاحظ الشرح الصغير ج٤ ص ٣٢٥ .

وحاشية العدوى على الخرشي ج٥ ص ١٩١ مجلد/٣ ، جواهر الاكلیل ج٢ ص ٦٣ .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج٣ ص ١٨٦ .

(٣) حاشية الصعیدى على كفاية الطالب ج٢ ص ١٩٢ .

(٣) الخرشي وحاشية العدوى، ج٥ ص ١٩٣ ، مجلد/٣ .

مذهب الشافعية:

يرى الامام الشافعي عدم صحة بيع المغيب في الأرض إلا بعد قلعه
وهكذا كل ما كان مأكوله في الأرض فلا يجوز بيعه أصلاً لا بيع خيار رؤية
ولا بيعاً لا خيار فيه. هذا هو المنصوص في الأم^(١).

(١) قال الشافعي رحمه الله: كل ما كان من نبات الأرض بعضه مغيب فيها وبعضه ظاهر
فأراد صاحبه بيعه لم يجز بيع شيء منه إلا الظاهر منه بجزء مكانه. فأما المغيب فلا يجوز
بيعه ، وذلك مثل الجزر ، والفجل ، والبصل ، وما أشبهه ، فيجوز أن يباع ورقه الظاهر
مقطوعاً مكانه ، ولا يجوز أن يباع ما في داخله ، فإن وقعت الصفقة عليه كله لم يجز
البيع فيه إذا كان بيع نبات. ثم يذكر الامام الشافعي تعليقه لهذا الحكم فيقول «وبيع
النبات بيع الإيجاب ، وذلك لو أجزت بيعه لم أجزه إلا على أحد معان. إما على ما يجوز
عليه بيع العين الغائبة فتلك إذا رآها المشتري فله الخيار في أخذها أو تركها ، فلو أجزت
البيع على هذا فقلع جزرة أو فجلة أو بصلة فجعلت للمشتري الخيار كنت قد أدخلت على
البائع ضرراً في أن يقطع ما في ركبته وأرضه التي اشترى ثم يكون له أن يرده من غير
عيب فيبطل أكثره على البائع ... ولو أجزت بيعه على أن لم يكن فيه عيب لزم
المشتري ، كان فيه الصغير والكبير والمختلف الخلقة فكان المشتري اشترى ما لم يره
وألزمته ما لم يرض بشرائه قط. ولو أجزته على أن يبيعه إياه على صفة موزونة كنت
أجزت بيع الصفات غير مضمونة ، وأما تباع الصفة مضمونة الأم ج ٢ ص ٦٧ باب
ما ينبت من الزرع مجلد / ٢ ، وأنظر. البيان للعمرائي ص ١٦١ فقد نقل جزءاً من كلام
الشافعي. ومذهب الشافعي حكاه بعض فقهاء المذاهب الأخرى هكذا. يقول الكاساني
مشيراً إلى مذهب الشافعي «وعنده لا يجوز أصلاً» بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٦٤. ويقول
ابن رشد «ولم يجزه الشافعي إلا مقلوعاً لأنه من باب بيع المغيب» بداية المجتهد ج ٢ ص
٢٣٩ ونقله في تهذيب الفروق ج ٣ ص ٢٧٤ الفرق ١٩٣ . وأشار إليه الدسوقي بقوله
«خلافاً لما قاله بعضهم من أن مغيب الأصل لا يجوز أن يباع منه إلا ما كان مقلوعاً
بالفعل لأنه ما لم يقطع مجهول» حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٨٦ . ويقول ابن قدامة
«ولا يجوز بيع ما المقصود منه مستور في الأرض كالجزر والفجل والبصل والثوم حتى
يقلع ويشاهد. وهذا قول الشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي» المغنى ج ٤ ص ٢٢٥ .
والشرح ج ٤ ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، وحكاه ابن حزم في المحلى موافقاً له ، المحلى ج ٧
ص ٢٩٥ مسألة ١٤٢٧.

هذا وقد ذكر العمرائي في البيان الفرق بين ما مأكوله في الأرض كالجزر والقلقاس ونحوهما
وبين ما مأكوله في جوفه كالجزر واللوز حيث أن الأول بيع لا يصح بخلاف الثاني.
وأبادر إلى القول بأن الجديد للشافعي هو عدم الصحة في الجزر واللوز ونحوهما. فينبغي
أن يكون هذا الفرق على قديم الشافعي شأنه في ذلك شأن ما قيل في القول الأخضر (=)

وفى الأسنى «ولا يصح بيع الجزر والفجل ونحوه كالشوم والقلقاس والبطاطس فى الأرض لاستتار مقصودها»^(١) وفى الروضة «ولا يصح بيع الجزر والثوم والبصل والفجل ، والسلق فى الأرض»^(٢) لتستر مقصودها .

ثم إن لبعض فقهاء الشافعية كلاما فى بعض المواطن :

يرى قليوبى أن الوجه الذى ينبغى فى نحو الحس والكرب الصحة

(١) أو هو مفرغ على أحد القولين فى بيع الغائب . هذا ما أردنا بيانه . أما نص العمرانى فيقول فيه «والفرق بين هذا وبين الجزر واللوز وكل ما كان مأكوله فى جوفه : أن يكون الجزر واللوز فى قشره من مصلحته وحافظ لمنفعته فلذلك جاز بيعه ، وليس كذلك هذه الأشياء الثابتة فى الأرض ، لأن بعد بلوغها الحد الذى يوجد فيه لامصلحة لها فى بقائها تحت الأرض ، ولأن الجزر واللوز إذا رآه المشتري استدلى على مأكوله لأنه إذا كان كبيرا أبىض علم أن مأكوله كبيرا جدا ، وإذا كان صغيرا علم أن مأكوله قليل ، وليس رؤية الورق فى الجزر واللوز وما أشبهه يدل على أصله» . البيان ص ١٦١ .

أسنى المطالب ج ٢ ص ١٠٦ . (١)

(٢) وعد الأصل معها السلق محمول على أحد نوعيه وهو ما يكون مقصوده مغبيا فى الأرض ، أما ما يظهر مقصوده على وجهها وهو المعروف بأكثر بلاد مصر والشام فيجوز بيعه كالقبل . ويجوز بيع ورق الجزر والفجل والثوم ونحوه أى الظاهر منه بشرط القطع كالقول . أسنى المطالب وحاشية الرمل ج ٢ ص ١٠٦ . وانظر فى الروضة ج ٢ ص ٢١٦ وفيها أيضا «ويجوز بيع القنيط فى الأرض لظهوره ، وكذا نوع من السلم يكون ظاهرا» . وعلى كل حال فبيع الظاهر منه قد مر ذكره فى البيع قبل بدو الصلاح وعده والمقصود هنا بيان حكم المغيب منه . وانظر حاشية الباجورى ج ١ ص ٣٤٦ ولاحظ ص ٣٥١ ، وشرح جلال المحلى وقليوبى وعميرة ج ٢ ص ٢٣٤ ، ٢٣٥ ، ونحفة المحتاج والشروانى والعبادى ج ٤ ص ٤٦٤ - ٤٦٦ ، وفى البيان للعمرانى ص ١٦١ «مسألة : قال الشافعى رحمه الله : وكل ما نبت تحت الأرض ويكون مأكوله تحت الأرض مثل الجزر والبصل ، والسلق ، والكراث ، فلا يجوز بيعه إلا بعد قلعه . وهذا كما قال : ما كان مأكوله فى الأرض مثل الجزر ، والبصل ، والسلق ، والكراث ، والثوم ، والفجل ، يجوز أن يبيع ورقه بشرط القطع ، فإن بيع بشرط القطع بعد عشرة أيام : لم يصح البيع ، لأنه يحدث هناك زيادة لا تتميز . ولا يجوز بيع ما منه تحت الأرض ، لأنه لا يجوز بيعه ببيع خيار الرؤية لأن بيع خيار الرؤية : ما إذا نظر إليه المشتري ولم يرضه رده على البائع من غير ضرر ، وههنا لا يمكنه أن ينظر إليه إلا بعد قلعه ، ولا يمكنه رده على البائع كما أخذه ، ولا يمكن أيضا أن يبيعه بيعا لا خيار فيه ، لأن فيه غررا فلم يجز» .

مطلقا لأن المستور منهما غير مقصود لأنه يقطع ويرمى عند إرادة استعماله^(١) وهو أيضا قول الباجوري عند تعليقه على قول ابن قاسم «ولا يجوز بيع الغرر» يقول الباجوري «أى ولا يصح وقوله: بيع الغرر. وهو ما انطوت عنا عاقبته أو ما تردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما ومنه المجهول والمبهم ومالم ير قبل العقد ، ومن هذا تعلم أن بيع البصل والجزر والفجل والقلقاس وغيرها من كل مستور بالأرض لا يصح. نعم يصح بيع الخس والكرنب لأن ما فى الأرض منهما غير مقصود لأنه يقطع ويرمى»^(٢).

بينما فى الشروانى والعبادى المنع لاستتار بعضه «فلا يصح بيع نحو الفجل والجزر والخس لاستتار المقصود أو بعضه»^(٣).

والقول بالجواز هو الراجح فى نظرنا لكون ما فى الأرض غير مقصود كما يشهد به الواقع الملموس.

ويرى القاضى صحة بيع البصل إذا ظهر بعضه. قال فى التحفة: وفيه وقفة بل القياس فيه تفريق الصفقة فيصح فى المرتى فقط إن عرف بقسطه من الثمن وكون رؤية البعض هنا تدل على الباقي غالبا ممنوع^(٤).

أقول: والصحة على تفريق الصفقة إنما إن أمكن التقسيط ، وإلا بطل فى الجميع.

(١) قاله تعليقا على قول المنهاج «وما لا يرى حبه كالخنطة والعدس ...» قال قليوبى: ليس الحب قيدا بل المراد ما لا يرى المقصود منه كله أو بعضه فيدخل البصل والجزر والقلقاس والفجل والخس والكرنب. نعم إن باع الظاهر منها بشرط قطعه جاز. والوجه الذى ينهى فى نحو الخس والكرنب الصحة مطلقا لأن المستور منهما غير مقصود لأنه يقطع ويرمى عند إرادة استعماله» حاشية قليوبى على شرح المحلى ج٢ ص ٢٣٤.

(٢) حاشية الباجورى ج١ ص ٣٤٦.

(٣) حاشية الشروانى ج٤ ص ٤٦٤ وحاشية العبادى ج٤ ص ٤٦٤.

(٤) تحفة المحتاج، ج٤، ص ٤٦٤ ، ٤٦٥.

وقد يقال: القياس البطلان في الجميع لأن شرط تفريق الصفقة كون الباطل أيضا معلوما ليتمكن التوزيع. ولا يقال: بل يمكن التوزيع بعد العقد إذا علم الباطل لأن العبرة بالعلم حال العقد. قال الرملي: الأوجه: البطلان. وعبرة النهاية: والأوجه فيه عدم الصحة في الجميع أ.هـ.

والفرق بين البصل وبين الذرة^(١) في رؤية بعض البصل وبعض الحب بأن الغالب أن السنبلة الواحدة لا يختلف حبها فرؤية بعض الحب تدل على باقيه ، ورؤية الظاهر من البصل لا تدل على باقيه^(٢).

ويرى الهيتمي أنه إن فرض ذلك في نوع من البصل بخصوصه لم تبعد الصحة في الكل^(٣).

أقول: وهذا هو الذي ينبغي التعويل عليه. فنحن أهل الزرع عندنا البصل بحسب المقصود منه ثلاثة أنواع.

النوع الأول: وهو المعروف بيننا بالذريعة «الشتلة» فهذا النوع يعتمد فيه على رؤية ما ظهر منه على وجه الأرض وهذا يكفي عندنا لمعرفة جودته أو رداؤه ولا يقصد منه الأكل وإنما ينقل ليزرع مرة أخرى.

النوع الثاني: نوع يباع للأكل حيث يؤكل ظاهره وما غاب منه في الأرض ، وهو أيضا يكتفى فيه برؤية ما ظهر منه على وجه الأرض.

النوع الثالث: وهو النوع الذي لا يقطع إلا بعد بدو صلاحه ويكون المقصود منه ما غاب في الأرض فقط إذ ما ظهر منه على وجه الأرض لا يستطاب أكله إذ هو بعد بدو الصلاح يكون قد دخله اليبس والجفاف

(١) وقد سبق في المستتر بفلاحة جواز بيع الذرة الظاهر به.

(٢) انظر الشرواني والعبادي ج٤ ص ٤٦٤ ، ٤٦٥.

(٣) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٥.

ويعرف «بالعرش»^(١). وهذا النوع هو الذي ينبغي المنع فيه في مذهب الشافعية.

اساس المنع عند الشافعية:

هل المنع في صور المستتر^(٢) مقطوع به ، أم مفرع على منع بيع الغائب؟.

يرى امام الحرمين أنه مفرع على بيع الغائب فان جوزنا بيع الغائب صح البيع في جميعها.

والذي في التهذيب: أن المنع في بيع الجزر ونحوه مما هو مستتر في أرضه ليس مفرعا على بيع الغائب وهذا يعني أن المنع مقطوع به في هذا الصنف من الاستتار.

وحجته: أن في بيع الغائب يمكن رد المبيع بعد الرؤية بصفته وهنا لا يمكن ، وهذا هو الأصح كما في الروضة وهو المنقول عن جمهور الأصحاب.

يقول النووي «قلت: هذا أصح ، ونقله الماوردي عن جمهور الأصحاب ، ونقل عن بعضهم كقول امام الحرمين في الجزر ونحوه»^(٣).

ويرى قليوبى أن ما صححه النووي إنما هو بناء على القول المرجوح^(٤).

(١) بكسر العين.

(٢) أي سواء كان الاستتار بالغلاف أم بالأرض . وقد مرّ عند الشافعية في المستتر بفلاحة.

(٣) روضة الطالبين ج٣ ص ٢١٦ ، شرح المعلى وقلوبى وعميرة، ج٢ ص ٢٢٥ ، تنمة الإهانة ج٤ ورقة ١٦٥.

(٤) حاشية قليوبى ج٢ ص ٢٣٥.

لكن ما الحكم إذا بيع المغيب مع أرضه؟

قالوا: إذا قلنا بجوز بيع الغائب صح البيع على الأرض والزرع. وإذا قلنا بالمنع فسد البيع في الزرع لأنه مجهول وهو مقصود فلا يكون تبعا للأرض فلم يصح البيع في الزرع. وهل يصح في الأرض؟ مبنى على القولين في تفريق الصفقة. فان قلنا: أن الصفقة لا تفرق بطل الكل. وإن قلنا: تفرق. فان قلنا: يأخذ مالم يبطل العقد فيه بجميع الثمن وهو القول الضعيف ، فان البيع لا يبطل في الأرض ويكون المشتري بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن دون الزرع وإن شاء رد. وإن قلنا: إنما يأخذ الباقي بالحصّة. فسد العقد في الكل لأن ثمن الزرع مجهول لأنه في نفسه مجهول ، لأن قيمته تعين قائما وهو في تلك الحال مجهول فلا يمكن معرفة حصة الأرض من الثمن فلم يصح البيع في الكل.

وفي الروضة: الأصح من قولي تفريق الصفقة: البطلان في الجميع للجهل بأحد المقصودين وتعذر التوزيع^(١).

مذهب الحنابلة:

يقول البهوتي في كشافه «وكذا حكم رطبة ويقول. فلا يباع شيء منها مفردا بعد بدو صلاحه إلا جزء جزء بشرط جزء أي قطعه في الحال لأن الظاهر منه معلوم لاجتهاله فيه ولاغرر بخلاف ما في الأرض فانه مستور مغيب وما يحدث منه معلوم فلم يجز بيعه كالذي يحدث من الثمرة»^(٢).

فهذا النص يجيز بيع الظاهر لأنه معلوم لاجتهاله فيه ولاغرر لكن

(١) انظر الشامل ص ٢٧٥ ، الروضة ج٣ ص ٢١٦ ، أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٦ ، تنمة الابانة ج٤ ورقة ١٦٥ ، حلية العلماء ج٢ ص ٥٤٨ ، ٥٤٩.

(٢) كشاف القناع ج٣ ص ٢٨٢ ، وحكاة ابن حزم في المحلى موافقا له المحلى ج٧ ص ٢٩٥ مسألة ١٤٢٧.

بشرط القطع حذرا من الزيادة بالتأخير فيختلط المبيع بغيره. أما المستور في الأرض فلا يجوز بيعه. وفي الروض^(١) في شرط أن يكون المبيع معلوما عند المتعاقدين «ولا يبيع فجلا ونحوه» مما المقصود منه مستتر بالأرض «قبل قلعه» للجهالة أ.هـ.

قال في الحاشية «واختار الشيخ: الصحة ، واختاره في الفائق وهو مذهب مالك.

قال الطوفى في شرح الخرقي: «والاستحسان جوازه لأن الحاجة داعية إليه ، والفرر يندفع باجتهاد أهل الخبرة والدراية به».

أقول: وما في الحاشية منقول عن الانصاف الآتي:

جاء في الانصاف «فائدة: لا يصح بيع المفروس في الأرض الذي يظهر ورقه فقط ، كاللفت ، والفجل ، والجزر ، والقلقاس ، والبصل ، والشوم ، ونحو ذلك على الصحيح من المذهب. نص عليه ، وعليه جماهير الأصحاب، وحزم به المغنى والشرح وغيرهما. ذكرناه في باب بيع الأصول والثمار. وقيل: يصح واختاره الشيخ تقي الدين وقال: اختاره بعض أصحابنا واختاره في الفائق. قال في الرعايتين: قلت: ويحتمل الصحة ، وله الخبر بعد قلعه. قال في الفائق: وخرجه ابن عقيل على روايتي الغائب. قال الطوفى في شرح الخرقي: والاستحسان جوازه. لأن الحاجة داعية إليه والفرر يندفع باجتهاد أهل الخبرة والدراية به وهو مذهب مالك»^(٢).

أقول: مما سبق يتضح أن للحنابلة ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يصح بيع المغيب في الأرض إلا بعد قلعه ومشاهدته.

(١) الروض المربع وحاشية العنقري ج ٢ ص ٤٠ ، ولا حظ شرح الزركشي ج ٣ ص ٣٧٣.

(٢) الانصاف ج ٤ ص ٣٠٢ ، ٣٠٣.

هذا هو الصحيح من المذهب وهو المنصوص وعليه جماهير الأصحاب ، وهو الموافق للشافعى رحمه الله.

القول الثانى: يصح بيعه. اختاره الشيخ تقي الدين وبعض الأصحاب. وهو عند ابن عقيل تخريجا على أحد الروایتين فى بيع الغائب. وهذا التخرىج يتفق مع أحد القولين عند الشافعية فى بيع الغائب. والقول بالصحة يتفق مع المالكية.

القول الثالث: فى الرعايتين احتمال بالصحة وله الخيار بعد قلعه. وهذا يتفق مع الحنفية. هذا وفى المغنى والشرح أقسام ثلاثة للمغيب فى الأرض:

القسم الأول: ما المقصود منه مستور فى الأرض كالجزر والفجل والبصل والثوم فهذا لا يجوز بيعه حتى يقطع ويشاهد.

القسم الثانى: ما المقصود منه فروعه وأصوله كالبصل المبيع أخضر والكراث والفجل ، أو كان المقصود منه فروعه فالأولى جواز بيعه فى الأرض.

القسم الثالث: إن كان معظم المقصود أصوله لم يجز بيعه فى الأرض لأن الحكم للأغلب فان تساويا لم يجز أيضا.

يقول ابننا قدامة فى مذهبهما وحكاية المذاهب الأخرى « ولا يجوز بيع ما المقصود منه مستور فى الأرض كالجزر والفجل والبصل والثوم حتى يقطع ويشاهد ، وهذا قول الشافعى وابن المنذر وأصحاب الراى. وأباحه مالك والأوزاعى وإسحاق ... فان كان مما تقصد فروعه وأصوله كالبصل المبيع أخضر والكراث والفجل أو كان المقصود فروعه فالأولى جواز بيعه ... وإن كان معظم المقصود منه أصوله لم يجز بيعه فى الأرض لأن الحكم للأغلب ،

فان تساويا لم يجز»^(١).

أقول: أما القول بأن أصحاب الرأي على عدم الجواز ، فهذا يخالف ما نقلناه عن الحنفية^(٢) فلعل المقصود بعض أصحاب الرأي من غير الحنفية.

وأما من ناحية التقسيم فما ذكره عن الشافعي في القسم الأول صحيح وكذا القسم الثالث. أما القسم الثاني فهو يوافق اجتهادا لبعض فقهاء الشافعية^(٣).

بقى ما ذكر من عدم الصحة في حالة التساوي. فهذا في نظرنا لا يختلف عن ما ذكر أيضا من أنه إن كان المقصود فروعه وأصوله كالبصل الأخضر والكراث والفجل ، فهنا قد تساوى المقصود «الفروع والأصول» ومع ذلك الأولى جواز البيع فيه. فالتناقض ظاهر إلا إن اعتبرنا أن الجواز هو استظهار من ابني قدامة في مقابل الصحيح من المذهب.

مذهب الظاهرية:

يرى ابن حزم الظاهري وأبو سليمان عدم صحة بيع المغيب في الأرض قبل أن يقطع. لامع الأرض ولادونها. وإنما يجوز بيع الظاهر منه دون المغيب.

قال: وهو قول الشافعي وأحمد بن حنبل وأبي سليمان.

يقول ابن حزم «ولا يحل بيع شيء مغيب في غيره مما غيبه الناس إذا كان مما لم يره أحد ... الجزر ، والبصل ، والكراث ، والسلح^(٤) والفجل

(١) المغنى ج٤ ص ٢٢٥ ، والشرح ج٤ ص ٢٢٥ : ٢٢٨.

(٢) راجع مذهب الحنفية السابق ذكره.

(٣) راجع مذهب الشافعية السابق ذكره.

(٤) السلح: اللفت.

قبل أن يقطع»^(١).

ويقول «وأما بيع الظاهر دون المغيب فيها فحلال إلا أن يمنع من شيء منه نص. فجائز بيع الثمرة واستثناء نواها ... وبيع الأرض دون ما فيها من بذر أو خضروات مغيبة أو ظاهرة ودون الزرع الذي فيها ودون الشجر الذي فيها»^(٢).

وفى موضع آخر «ولا يحل بيع شيء من المغيبات المذكورة كلها دون ما عليها أصلا ... ولا بيع حب البر دون أكمامه قبل إخراجها منها»^(٣) ولا بيع الجزر والبصل والكراث والفجل قبل قلعه لامع الأرض ولادونها لأن كل ذلك بيع غرر ... ومن أبطل بيع هذه المغيبات فى الأرض: الشافعى ، وأحمد بن حنبل ، وأبو سليمان»^(٤).

أقول: وما ذهب إليه ابن حزم من عدم صحة بيع المغيب مع أرضه أيضا هو أصح الطريقين عند الشافعية.

مذهب الإباضية:

يقول الشماخى فى حكم بيع النبات غير الظاهر «وأما إن كان غير ظاهر فلا يجوز بيعه لاستتاره وهو بيع المغيب المنهى عنه وذلك مثل اللفت والجزر والبصل والثوم وما أشبه ذلك من جميع ما تواريه الأرض»^(٥). ويقول أطفيش «وكذا بيع الجزر فى الأرض حرام لأنه غرر للجهل بوجوده ، وكذا مثله كاللفت»^(٦).

(١) المحلى ج٧ ص ٢٩٠ مسألة ١٤٢٤.

(٢) المحلى السابق ص ٢٩٩ مسألة ١٤٨٢.

(٣) سبق هذا فى المستتر بفلاحة.

(٤) المحلى ج٧ ص ٢٩٤ ، ٢٩٥ مسألة ١٤٢٨.

(٥) الإيضاح ج٥ ص ٦٦ ، ٦٧.

(٦) شرح النيل ج٨ ص ١٠٢.

وفى الجامع «ومعنى الفرر الذى نهى عنه عليه السلام بيع الطير فى الهواء ... والجزر والبصل فى الأرض ونحو هذا ... فهذه يسوع كلها غير جائزة ولا يصح ما عقد عليه البيع به»^(١).

وفى موطن آخر «وأما بيع الفرر: فبيع الجزر فى الأرض والبصل فى حال استتاره فى الأرض»^(٢).

وفى النيل «وجاز بيع النبات الظاهر إذا بدا صلاحه لأكل لا الباطن كلفت وبصل». قال أطفيش شارحه «لا الباطن كلفت وجزر وبصل وكومات بطاطا إلا إن كان المقصود مظهر من الورق أو البذر»^(٣).

وقال «وأحاديث النهى فيما إذا كانت العلة الفرر كحديث النهى عن بيع الملائيح وغيره كلها أدلة للنهى عن بيع الجزر ونحوه فى الأرض ، والقسمة فى ذلك كالبيع. قال الشيخ أحمد بن محمد بن بكر رحمهم الله: كل ما يجوز بيعه تجوز قسمته ، وأما ما لا يجوز بيعه فقسمة أيضا لا تجوز»^(٤).

أقول: فظاهر ما تقدم يعنى عدم صحة بيع المغيب فى الأرض بقدر بدو الصلاح قبل القلع.

إلا أن أطفيش حمل هذا على عدم الرضا بعد القلع ، فان تراضيا على البيع بعد القلع انعقد البيع. وتعرف عند الاباضية «بالمقامة».

(١) الجامع لابن بركة ج ٢ ص ٣٢٤ ، ٣٢٥.

(٢) المصدر السابق ص ٣٧٢.

(٣) النيل وشرحه ج ٨ ص ١٢٢ ، أي يجوز بيع ماظهر منه على وجه الأرض قال أطفيش «إلا إن كان المقصود مظهر من الورق أو البذر لحامله هو إذا وجد فيه بشرط أن لا يكون قلبه مائلا إلى ما بطن فى الأرض ، وإلا أن يشتري الورق فقط فانه يجوز.

(٤) شرح النيل ج ٨ ص ١٢٣.

يقول أطفيش: وإن وقع البيع على ما بطن لم ينعقد إلا على المتامة ، ومعناها أن يقلع فيظهر فيرضيان بالبيع ، وليس معناها أن يجيزاه قبل القلع كما لا يخفى ، فانه ولو كانت الاجازة قبله معتبرة لاغنى عنها البيع قبلها ولم يحتج باجازة ثانية. وعبارة بعض المشاركة^(١) أن لهما الرجوع فتوهم بعض العامة منها أنها تفهم أن لهما إمضاء على حاله بلا قلع وهو غلط ، بل معناها أن لهما الرجوع بترك إظهاره بالقلع وعدم المجاز البيع بإظهاره ، وأن لهما أمضاؤه بأن يظهر بالقلع فانظر حاشيتي على ورقة أرسل بها الشيخ سعيد بن قاسم الجربي^(٢) نزيل مصر ، وفي حاشيتي على ورقات أرسلها رجل عُمانى يسمى سعيد بن خلفان^(٣) ... «^(٤).

أقول: لا أعرف تكييفاً لهذه المتامة فلا هي خيار ، ولا هي إجازة لأن العقد معهما ينعقد صحيحاً والموقوف هو الامضاء. أما قبل المتامة فكما هو ظاهر أن العقد لم ينعقد ، فلم يبق إلا أن نقول: أنه بعد المتامة عقد جديد لاصلة له بما قبله ، وعليه نعود إلى أول الكلام وهو عدم الصحة قبل القلع.

المقارنة بين المذاهب والأدلة:

كما سبق فى المذاهب الفقهية فى حكم بيع المغيب فى الأرض بعد بدو الصلاح يتضح أنهم اتفقوا على صحة بيع الظاهر منه ، ثم اختلفوا فيما وراء ذلك على اتجاهين.

(١) والمشاركة هم إباضية المشرق كسلطنة عمان ، أما أطفيش ، والشماخى فهما من إباضية المغرب ويطلق عليهم «المغاربة» الجزائر ، وتونس ، وليبيا.

(٢) نسبة إلى جزيرة جربة بتونس.

(٣) وقد رأيت له بعض المؤلفات فى سلطنة عمان ويعتبرونه من مجتهدى إباضية المشرق.

(٤) شرح النيل ج ٨ ص ١٢٢ ، ١٢٣.

الاتجاه الأول: جواز بيعه :

ومن ذهب إلى جواز بيع المغيب في الأرض. الحنفية وثبت للمشتري الخيار بعد القلع ولهم تفصيل في مدى ثبوت الخيار أو سقوطه ، ولأبي يوسف تفرقة بين المكيل والموزون ، وبين المعدود . وخلاف بين الامام ، والصاحبين في رؤية البعض ، والفتوى على قول الصاحبين في الاكتفاء برؤية البعض^(١) وصحة البيع مع ثبوت الخيار بعد القلع هو احتمال عند الحنابلة كما في الرايتين^(٢).

وبصحة البيع بلا خيار وبلا رؤية شيء منه وإنما يكتفى برؤية الظاهر قال الامام مالك ، والناصر اللقاني. وظاهر ابن رشد وغيره عدم الاكتفاء برؤية ظاهره بل لابد من قلع شيء منه ويراه المشتري^(٣).

وبصحة البيع قبل القلع قال بعض الحنابلة واختاره الشيخ تقي الدين ، وعلى كل حال هو اتجاه في مذهب الحنابلة تخريجا على إحدى الروايتين في بيع الغائب كما هو لابن عقيل. وبالصحة قال الأوزاعي وإسحاق كما في المغنى والشرح. وأجازه ابننا قدامة في المقصود منه فروعه وأصوله ، وفي المقصود منه فروعه^(٤). وما ذهب إليه ابننا قدامة ذهب إليه بعض الشافعية وأيضا فان الصحة اتجاه عند الشافعية مبني على أحد القولين في بيع الغائب^(٥).

(١) راجع التفصيل في مذهب الحنفية السابق ذكره.

(٢) راجع مذهب الحنابلة السابق ذكره.

(٣) راجع مذهب المالكية السابق ذكره.

(٤) راجع مذهب الحنابلة السابق ذكره.

(٥) راجع مذهب الشافعية السابق ذكره.

الاتجاه الثاني: لا يجوز بيعه ولا يصح ويحرم:

ومن ذهب إلى عدم صحة بيع المغيب في الأرض أصلاً لا على الخيار ، ولا بدونه. الامام الشافعي وهو الأظهر وعليه الأصحاب لا مفرداً ولا مع الأرض^(١) وهو قول ابن حزم الظاهري وأبى سليمان^(٢) وعدم الصحة هو الصحيح من مذهب الحنابلة ، والمنصوص وعليه جماهير الأصحاب ، وهو قول ابن المنذر^(٣) وهو ظاهر نصوص الاباضية إلا ما ذكرناه عن أطفيش من الانعقاد على المتامة^(٤).

الأدلة:

أدلة الجواز: استدل المجوزون بالآتي:

١- الحاجة داعية إلى هذا البيع ، فجاز استحسانا والغرر يندفع بأهل الخبرة « والاستحسان جوازه لأن الحاجة داعية إليه ، والغرر يندفع باجتهاد أهل الخبرة والدراية به »^(٥) فأشبهه ببيع مالم يبد صلاحه تبعاً لما بدا « وأباحه مالك والأوزاعي وإسحاق لأن الحاجة داعية إليه فأشبهه ببيع مالم يبد صلاحه تبعاً لما بدا »^(٦).

المناقشة: نوقش بأن بيع مالم يبد صلاحه تبعاً لما بدا إنما جاز لأن الظاهر أنه يتلاحق في الصلاح ويتبع بعضه بعضاً^(٧).

٢- يقول ابن حزم في حجة بعضهم « وأجازوا بيع الجزر والبصل

(١) راجع مذهب الشافعية.

(٢) راجع مذهب الاباضية.

(٣) راجع مذهب الحنابلة.

(٤) راجع مذهب الاباضية.

(٥) الانصاف ج٢ ص ٣٠٢ ، ٣٠٤ ، حاشية العنقري ج٢ ص ٤٠.

(٦) المغنى ج٢ ص ٢٢٥ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٢٦.

(٧) المصدرين السابقين.

والفجل المغيبة في الأرض» ثم ذكر حجتهم فقال: قال أبو محمد: واحتج بعضهم عليّ في ذلك بقوله تعالى: ﴿يُؤْمِنُونَ بِالْغَيْبِ﴾^(١).

المناقشة: ثم ناقشه قائلا: فقلت: فأبج بهذه الآية بيع الجنين في بطن أمه دون أمه لأنه من الايمان بالغيب^(٢).

ويقول ابن حزم: وليس مايتوقع في المستأنف غررا لأن الأقدار تجري بما لا يعلم ولا يقدر على رده ، ولأنه غيب. قال تعالى: ﴿قُلْ لَا يَعْلَمُ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ الْغَيْبَ إِلَّا اللَّهُ﴾^(٣)، وقال تعالى: ﴿وَأِنْ عَسَى أَنْ يَكُونَ قَدْ اقْتَرَبَ أَجْلُهُمْ﴾^(٤).

ثم قال: وإنما الغرر ما عقد على جهل بمقداره وصفاته حين العقد ... وإنما الغرر ما أجزموا من بيع المغيبات التي لم يرها أحد قط: من الجزر ، والبقل ، والفجل ، ولعلها مستاسة أو معفونة ، وما أجازة بعضهم من بيع ما لم يخلق بعد من بطون المقائى التي لعلها لا تخلق أبدا -ومن لبن الغنم شهرين أو ثلاثة ، ولعلها تموت أو تحارد -بالحاء المهملة. أى قلت البانها- فلا يدري لها شخب -بالضم هو ما امتد من اللبن حين يحلب-^(٥).

٣- استدل من قال بالصحة مع ثبوت الخبار ولا يسقط خياره أي المشتري إلا برؤية الكل بعد القلع كالامام أبى حنيفة: بأن هذه المغيبات مما تختلف بالصغر والكبر والجودة والرداءة اختلافا فاحشا فرؤية البعض منها لا تفيد العلم بحال البقية فأشبه الثياب وسائر العددبات المتقاربة.

(١) سورة البقرة. جزء من الآية: ٣.

(٢) المحلى ج٧ ص ٢٩٨ مسألة ١٤٢٧.

(٣) سورة النمل جزء من الآية: ٦٥.

(٤) سورة الأعراف جزء من الآية: ١٨٥.

(٥) المحلى ج٧ ص ٢٨٦ ، ٢٨٧ مسألة ١٤٢٣.

واستدل من قال بالاكْتفاء برؤية البعض كأبي يوسف ومحمد: بأنه إذا قلع ما يستدل به على الباقي كان رؤية بعضه كرؤية كله فكأنه قلع الكل ورضى به كما إذا اشترى صبرة فرأى ظاهرها يسقط خياره كذا هذا^(١).
والفتوى عند الحنفية على قول الصاحبين^(٢).

المناقشة: يقول ابن حزم: وأجاز الحنفية بيع الجزر والبصل وغير ذلك مغيبا في الأرض وأوجب على البائع أن يقلع منه أنموذجا قدر ما يريه المشتري ، فان رضى به كان على المشتري قلع سائر ، فلو أن المشتري يتولى بنفسه قلع أنموذج منه فلم يرضه لم يلزمه البيع ، فلو قلع منه أكثر من أنموذج فقد لزمه البيع أحب أم كره.

وقال أبو يوسف: لا أجبر البائع ولا المشتري على قلع شئ من ذلك ، فان تشاحا أبطلت البيع ، فان قلع المشتري منه أقل ما يقع في المكاييل فله الخيار في إمضاء أو فسخ ، فان قلع أكثر من ذلك فقد لزمه البيع كله.

قال أبو محمد: إن في هذا لعجبا ليت شعري من أين وجب أن يجبر

(١) بدائع الصنائع ج٥ ص ٢٩٨.

(٢) الدر المختار بهامش ابن عابدين ج٤ ص ١٠٦ ، واستدل الحنفية على مشروعية خيار الرؤية بحديث روى مسندا ومرسلا. فالمستند عند الدار قطنى في سنته عن أبي هريرة قال: قال رسول الله - ﷺ - «من اشترى شئنا لم يره ، فهو بالخيار إذا رآه». وفيه عمر بن ابراهيم ويقال له: الكردي يضع الأحاديث ، وهذا باطل لا يصح ، لم يروه غيره وإنما يروى عن ابن سيرين من قوله. قاله الدار قطنى. وقال ابن القطن: هو لا يعرف ولعل الجنابة منه. وأما المرسى فعند أبي شعبة في مصنفه والدار قطنى ثم البيهقي في سنتهما عن مكحول رفعه إلى النبي - ص - قال «من اشترى ...» وزاد «إن شاء أخذه ، وإن شاء تركه» قال الدار قطنى: هذا مرسل ، وفيه أبو بكر بن أبي مريم: ضعيف نصب الرتبة ج٤ ص ٩ كتاب البيوع ، والعلماء مختلفون في مشروعية خيار الرؤية كاختلافهم في صحة بيع الغائب. بحوث في البيع. دراسة فقهية مقارنة ج١ ص ٢٢٩ ، ٢٣٧ ، أ.د. على أحمد على مرعى . عميد كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ط أولى ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.

البائع على الدرس والتصفية^(١) ولا يجبر على قلع الجزر والبصل والكراث والفجل؟ ... ولبت شعري ما هذا «الأنموذج» الذى لاهو لفظه عربية من اللغة التى بها نزل القرآن وخاطبنا بها رسول الله - ﷺ - ، ولا لفظة شرعية، ثم صار يشرع بها أبو حنيفة الشرائع فيحرم ويحلل ، فعلى «الأنموذج» العفاء ، وصنع القفاء ، وعلى كل شريعة تشرع بالأنموذج. ثم تحديد أبى يوسف ذلك بأقل ما يقع فى المكاييل ، وقد يتخذ الباعة مكاييل صغار جداً ، وما عهدنا بالجزر ولا الفجل: يقعان فى الكيل ، فمن أين خرج له تحديد هذه الشريعة بهذا الحد الفاسد.

ولبت شعري من أين وقع لهم جواز بيع هذه المغيبات دون الأرض؟ ومنعوا من بيع الجنين دون أمه ، وكلا الأمرين سواء لافرق بين شئى منهما ، وكلاهما غرر وبيع مجهول^(٢).

٤- استدلل ابنا قدامة على صحة بيع ما كان المقصود منه أصوله وفروعه كالبصل المبيع أخضر والكراث والفجل أو كان المقصود فروعه كالحسن والكرنب وهو ما ذهب إليه بعض الشافعية. استدلوا بأن المقصود منه ظاهر فأشبهه الشجر والحيطان التى لها أساسات مدفونة، ويدخل مالم يظهر فى البيع تبعاً فلا تضر جهالته كالحمل فى البطن واللبن فى الضرع من الحيوان أما إن كان معظم المقصود منه أصوله لم يجز بيعه فى الأرض لأن الحكم للأغلب ، فان تساوى لم يجز أيضاً لأن الأصل اعتبار الشرط فى الجميع وإنما سقط اعتباره فيما كان معظم المقصود منه ظاهراً تبعاً ففيما عداه يبقى على الأصل^(٣).

(١) ذلك أن الحنفية كما مرّ فى حكم المستتر بفلاحة قالوا بصحة بيع الحب دون سنبله وعلى البائع الدرس والتصفية.

(٢) المحلى ج٧ ص ٢٩٥ ، ٢٩٦ مسألة ١٤٢٧.

(٣) المغنى ج٤ ص ٢٢٥ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٢٧ ، ٢٢٨.

ادلة عدم الجوزا: استدل من قال بعد صحة بيع المغيب مفردا عن أرضه بعد بدو صلاحه بالآتى:

١- أن المغيب قد استتر المقصود منه أو بعضه^(١) وهو غرر ، ولا يجوز بيع الغرر ، وهو ما انطوت عنا عاقبته ، أو ما تردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما ، ومنه المجهول والمبهم ومالم ير قبل العقد^(٢) وعبارة ابني قدامة «ولنا: أنه مبيع مجهول لم يره ولم يوصف له فأشبهه ببيع الحمل. ولأن النبي - ﷺ - نهى عن بيع الغرر^(٣). وهذا غرر»^(٤).

ويقول ابن حزم: ولا يحل بيع شئ من المغيبات المذكورة كلها ... ولا بيع الجزر والبصل والكراث والفجل قبل قلعه لا مع الأرض ولا دونها^(٥) لأن كل ذلك بيع غرر لا يدري مقداره ولا صفته ولا رآه أحد فيصفه ، وبالضرورة يدري كل أحد أنه لا يمكن البتة وجود الرضا على مجهول وإنما يقع التراضى على ما علم وعرف ، فاذا لا سبيل إلى معرفة صفات كل ما ذكرنا

(١) الشرواني والعبادي ج٤ ص ٤٦٤ ، الروضة ج٣ ص ٢١٦ ، قليوبي ج٢ ص ٢٣٤ .

(٢) حاشية الباجوري ج١ ص ٣٤٦ .

(٣) سبق تخريج الحديث ، ص ٤٣ ، ٥٠ .

(٤) المغنى ج٤ ص ٢٢٥ ، والشرح ج٤ ص ٢٢٦ ، وانظر. الروض المربع ج٢ ص ٣٩ ، ٤٠ ، شرح الزركشى ج٣ ص ٣٨٣ ، كشف القناع ج٣ ص ٢٨٢ ، وللأباضية ، الإيضاح ج٥ ص ٦٧ ، كتاب الجامع ج٢ ص ٣٢٤ ، ٣٢٥ ، ٣٧٢ ، شرح النيل ج٥ ص ١٠٢ ، ١٢٣ .

(٥) واستدل ابن حزم على جواز بيع الظاهر منه على وجه الأرض - وهو متفق عليه بين الفقهاء - بقوله: برهان كل ما ذكرنا قوله تعالى «وأحل الله البيع» ، وقوله تعالى «وقد فصل لكم ما حرم عليكم» فكل بيع لم يأت فى القرآن ، ولا فى السنة تحريره باسمه مفصلا فهو حلال بنص كلام الله تعالى - وكل ما ذكرنا فمال للبائع وملك له يبيع منه ما شاء ، فهو من ماله ، ويمسك منه ما شاء ، فهو من ماله ، فما ظهر من ماله ورئى ، أو وصفه من رآه: فبيعه جائز ، ويمسك مالم يره هو ولا غيره لأنه لا يحل بيع المجهول ، المحلى ج٧ ص ٣٠٠ مسألة ١٤٢٨ .

ولامقذاره فلا سبيل إلى التراضى به ، وإذ لا سبيل إلى التراضى به فلا يحل بيعه وهو أكل مال بالباطل.

وأما الجزر والبصل والكراث والفجل فكل ذلك شئ لم يره قط أحد ولا تدري صفته فهو بيع غرر ، وأكل مال بالباطل إذا بيع وحده.

ثم يستدل لعدم صحة بيعه مع الأرض بقوله: وأما بيعه بالأرض معا. فليس مما ابتدأ الله تعالى خلقه في الأرض فيكون بعضها ، وإنما هو شئ من مال الزارع لها أودعه في الأرض كما لو أودع فيها شئنا من سائر ماله ولا فرق. فما لم يستحل البذر عن هيئته فبيعه جائز مع الأرض ودونها لأنه شئ موصوف معروف القدر ، وقد رآه بانه أو من وصفه له فبيعه جائز ، لأن التراضى به ممكن و أما إذا استحال عن حاله فقد بطل أن يعرف كيف هو ما وصفته ، وليس هو من الأرض ، ولكنه شئ مضاف إليها فهو مجهول الصفة جملة ولا يحل بيع مجهول الصفة بوجه من الوجوه لأنه بيع غرر حتى يقلع ويرى.

قال: ومن أبطل بيع هذه المغيبات في الأرض الشافعي ، وأحمد بن حنبل ، وأبو سليمان^(١).

٢- استدلوا بأن هذه الأشياء النابتة في الأرض بعد بلوغها الحد الذي يوجد فيه لامصلحة لها في بقائها تحت الأرض ، ومن ثم لا حاجة لبيعها على هذه الصورة^(٢).

توجيه الامام الشافعي لمذهبه:

يقول الشافعي رحمه الله: لو أجزت بيعه لم أجزه إلا على أحد معان.

(١) المعلى السابق ص ٢٩٤ . ٢٩٥ مسألة ١٤٢٧.

(٢) البيان ص ١٦١.

- إما على ما يجوز عليه بيع العين الغائبة فتلك إذا رآها المشتري فله الخيار فى أخذها أو تركها. فلو أجزت البيع على هذا فقلع جزرة أو فجلة أو بصلة فجعلت للمشتري الخيار كنت قد أدخلت على البائع ضررا فى أن يقلع ما فى ركيبه وأرضه التى اشترى ثم يكون له أن يرده من غير عيب فيبطل أكثره على البائع.

- ولو أجزت بيعه على أن لم يكن فيه عيب لزم المشتري ، كان فيه الصغير والكبير والمختلف الخلقة فكأن المشتري اشترى مالم يره وألزمته مالم يرض بشرائه قط.

- ولرأى أجزته على أن يبيعه إياه على صفة موزونا كنت أجزت بيع الصفات غير مضمونة وإنما تباع الصفة مضمونة^(١).

أقول: والمعنى أنه لا يجوز بيعه بيع خيار الرؤية لأن بيع خيار الرؤية: ما إذا نظر إليه المشتري ولم يرضه رده على البائع من غير ضرر ، وههنا لا يمكنه أن ينظر إليه إلا بعد قلعه ولا يمكنه رده على البائع كما أخذه. ولا يمكن أيضا أن يبيعه بيعا لا خيار فيه لأن فيه غرر فلم يجوز^(٢). لهذا لم يجزه الشافعى أصلا.

سبب الخلاف والراجع:

وسبب الخلاف هو ما يقوله بعض العلماء كاهن رشد «والسبب فى اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر فى البيوع أم ليس من المؤثر؟ وذلك أنهم اتفقوا على أن الغرر ينقسم بهذين القسمين ، وأن غير المؤثر هو البسير ، أو الذى تدعو إليه الضرورة ، أو ما جمع الأمرين»^(٣).

(١) الأم ج ٣ ص ٦٧ باب ما ينبت من الزرع مجلد / ٢.

(٢) البيان للعرانى ص ١٦١.

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٩ ، تهذيب الفروق ج ٢ ص ٢٧٤ الفرق ١٩٣ ، الإيضاح للشماخى ج ٥ ص ٦٩.

والراجع فى نظرنآ هو ماذهب إليه الشافعية ومن وافقهم من عدم
صحة بيع المغيب فى الأرض إلا بعد قلعه ، لقوة ما استندوا إليه. والواقع
العملى يؤيده فى مصرنا فالغالب أن أهل هذا الزرع لا يبيعونه إلا بعد قلعه ،
وأهل الشراء لا يشترونه إلا هكذا ، وما هذا إلا ، لأنه لآ ضرورة بل لا حاجة
إلى بيعه بعد بدو صلاحه فى أرضه إذ لا مصلحة فى بقائه بعد هذا فى
الأرض ، هذا فيما إذا كان معظم المقصود منه ما هو مغيب فى الأرض ، فان
كان معظم المقصود منه ما هو ظاهر على وجه الأرض كالحس ، والبصل
الأخضر فيجوز بيعه ويدخل ما فى الأرض منه تبعاً لجريان التعامل به كما
هو مشاهد ، وهو ما ذهب إليه بعض الشافعية والحنابلة.

المبحث الثاني

حكم بيع مايثمر بطونا

إذا كانت الثمار مما يثمر بطنا واحدا كالبلح والمشمش ، والكثيرى ، والتفاح ونحو ذلك فقد تقدم الكلام عن حكم البيع إذا بدا صلاح البعض. وبالجملية فإن فقهاء الأمصار أجمعوا على جواز بيع هذا الثمر بطيب بعضه. يقول ابن رشد: «مسألة: أجمع فقهاء الأمصار على بيع الثمر الذي يثمر بطنا واحدا بطيب بعضه وإن لم تطب جملته»^(١) ونفس النص مذكور فى تهذيب الفروق^(٢) أما ما يثمر بطونا مختلفة كالْموز ، والجميز ، والنبق ، والياسمين ، والورد ، والتين ، والمباطح أعنى البطيخ ومنه الخربز ، والبادنجان ، والقرع ، والطماطم ، والرطبة ، والمقائى كالحيار والقشأ ونحو ذلك ، فقد وقع الخلاف فى بعضها فى حكم بيع البطن الثانى تبعا للبطن الأول الذى بدا فيه الصلاح ، وذلك لأن مايثمر بطونا له أحوال. حيث أن البطون المختلفة لا تخلو أن تتصل أولا تتصل. والبطون المتصلة إما أن تتميز ، وإما أن لا تتميز^(٣).

وستناول كل حالة فى مطلب.

- (١) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣٨.
- (٢) تهذيب الفروق ج٣ ص ٢٧٣ الفرق ١٩٣.
- (٣) وهذا التقسيم ذكره ابن رشد ، وصاحب التهذيب السابق. ونصهما «ما يثمر بطونا وقول مالك: وأختلفوا فيما يثمر بطونا مختلفة. ومحصيل مذهب مالك فى ذلك أن البطون المختلفة لا تخلو أن تتصل أو لا تتصل. فإن لم تتصل لم يكن بيع مالم يخلق منها داخلا فيما خلق كشجر التين الذى يرجد فيه الباكور والعصير. ثم ان اتصلت فلا يخلو أن تتميز البطون أو لا ، فمثال التميز جز القصيل الذى يجز مرة بعد مرة ، ومثال غير التميز المباطح والمقائى والبادنجان والقرع. وفى الذى يتميز عنه وينفصل روايتان: إحداهما: الجواز ، والأخرى المنع. وفى الذى يتصل ولا يتميز قول واحد ، وهو الجواز. قول من خالف مالك: وخالفه الكوفيون ، وأحمد ، وإسحاق ، والشافعى فى هذا كله ، فقالوا: لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر» بداية المجتهد السابق. تهذيب الفروق السابق.

المطلب الأول

حكم بيع البطون غير المتصلة

إذا كانت البطون غير متصلة لم يكن بيع مالم يخلق منها داخلا فيما خلق والبادى فيه الصلاح ، وهذا باتفاق الفقهاء . ومثاله شجر التين الذي يوجد فيه الباكور ، والعصير . ومن ذكر هذا الاتفاق ابن جزى حيث يقول « وإذا كانت الشمرة تطعم بطنا بعد بطن جاز بيع سائر البطون ببده صلاح الأول إذا كانت متتابعة كالمقائي والتين خلقتا لهم ^(١) فان كانت منفصلة لم يجز بيع الثانى بصلاح الأول اتفاقا كالباكور مع تين العصير ^(٢) وفى بداية المجتهد ، وتهذيب الفروق « ... فان لم تتصل لم يكن بيع مالم يخلق منها داخلا فيما خلق كشجر التين الذي يوجد فيه الباكور والعصير ^(٣) وكالشجر الذي يحمل حملين أحدهما صيفى ، والآخر شتوى ^(٤) .

المطلب الثانى

حكم البيع فى بطون متصلة لا تتميز

« بيع المعدوم تبعا للموجود »

إذا كان الثمر مما تتلاحق بطونه ولا تتميز . كالباسمين ، والورد ، والموز ، وكالتين كما فى بعض البلاد كتين صقلية وكالليمون والخيار ،

(١) أي خلقتا للأئمة الثلاثة: أبي حنيفة ، والشافعى ، وأحمد - كما هو مذكور فى بيان مصطلحات كتاب القوانين ص ٧ وسبأنى موقف الفقهاء من هذا الصنف الذى تتصل بطونه ولا تتميز.

(٢) القوانين الفقهية ص ٢٢٥ .

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٨ ، تهذيب الفروق ج ٢ ص ٢٧٣ الفرق ١٩٣ .

(٤) انظر حاشية الدسوقي ج ٢ ص ١٧٨ ، حاشية العدوى على الخرشى ج ٥ ص ١٨٥ ، ١٨٦ مجلد / ٣ ، البيان للعمرائى ص ١٥٧ ، ١٥٨ ، الشامل ص ٢٩٣ ، تحفة المحتاج وحاشية الشروانى والعبادى ج ٤ ص ٤٦٧ والأمر ظاهر فى هذا الصدد عند عامة الفقهاء . وانظر كلام الدسوقي بالهامش التالى .

والقشاء ، والبطيخ ، والجميز^(١) والتوت ، والباذنجان والطماطم والقرع ونحو ذلك من كل ما يخلف ولا يتميز بعضه من بعض فان للفقهاء فيه محل اتفاق ومحل خلاف.

أما محل الاتفاق. فقد اتفقوا على جواز بيعها مع أصولها^(٢) واتفقوا على عدم صحة البيع للمعدوم مفردا.

وأما محل الاختلاف فهو في صحة بيع المعدوم تبعا للموجود البادي الصلاح دون أن يباع مع أصله. وسبب الخلاف كما يقول ابن رشد في بداية المجتهد وتبعه الشماخي الاباضي في الايضاح «ويمكن أن يكون السبب في هذا الاختلاف هل هو من الفرر المؤثر في البيوع أم ليس بمؤثر؟ وذلك أن اختلافهم يدل أن الفرر ينقسم بهذين القسمين ، وغير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو باجتماع الأمرين»^(٣).

أقول: والاختلاف بين الفقهاء في هذا الصدد على قولين.

(١) إن قلت هذا يقتضي أن بطون الجميز غير متميزة وأنه يجوز بيع كلها لصلاح البطن الأول ، وأنه لا يجوز بيع بعضه منفردا عن بعض وهذا يخالف ما تقدم من أن بطونه متميزة ولا يباع كل من بطونه إلا منفردا ولا يباع الثاني يبدو صلاح الأول. فالجواب: أن الجميز يطرح في السنة مرتين متميزتين كل مرة محتوية على بطون غير متميزة فتوجد بطون في آن ثم تنقطع ، ثم توجد في آن آخر. فهو بالنظر للمرتين المتميز طرحه فيهما كمرة الشتاء والصيف. قاله الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير ج ٢ ص ١٧٨.

(٢) سبق هذا في أكثر من موضع ، وسبق أيضا حكم بيعها لمالك الأصل. وانظر ما سبق في البيع قبل بدو الصلاح، ص ٢٣٤ ، ووافق ابن حزم الجمهور في صحة البيع بعد بدو الصلاح إذا بيعت مع الأصول. يقول ابن خزم «فلو باعه المنشأة بأصولها والمرز بأصوله وتطوع له إبقاء كل ذلك في أرضه بغير شرط جاز ذلك فاذا ملك ما يحتاج كان له كل ما تولد فيه لأنه تولد في ماله ، وله أخذه بقلع كل ذلك متى شاء لأنه أملك بماله ، ولا يحل له اشتراط إبقاء ذلك في أرضه مدة مسماة أو غير مسماة لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل - فأن احتجوا بالمسلمين عند شروطهم؟ قلنا: هذا لا يصح ، وأنتم تصحونه ... المحلى ج ٧ ص ٣١٢ مسألة ٤٣٧.

(٣) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٩ ، الايضاح ج ٥ ص ٦٩ ، تهذيب الفروق ج ٣ ص ٢٧٤ الفرق ١٩٣.

القول الأول: لا يجوز ولا يصح بيع المعدوم تبعا للموجود وبه قال الجمهور ^(١) الحنفية في ظاهر المذهب ، وهو الأصح ، وصححه السرخسي ^(٢)

(١) يقول ابن رشد في نصه السابق بهامش المطلب الأول «... قول من خالف مالك: وخالفه الكوفيون وأحمد ، واستحقاق ، والشافعي في هذا كله فقالوا: لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر» بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣٨ ، تهذيب الفروق ج٢ ص ٢٧٣ الفرق ١٩٣ ، وأيضا ابن جزى «وإذا كانت الثمرة تطعم بطننا بعد بطن جاز بيع سائر البطنين بدء صلاح الأول إذا كانت متتابعة كالمقاني والتين خلافا لهم» القوانين ص ٢٢٥ ، وقد بينا بهامش المطلب الأول أنه يريد من خالف مالك الأئمة الثلاثة. وفي المغني والشرح «ولا يجوز بيع القشء والخيار والبادنجان ، وما أشبه إلا لقطعة لقطعة» قال ابن قدامة «وجملة ذلك أنه إذا باع ثمرة شئ من هذه البقول لم يجز إلا بيع الموجود منها دون المعدوم ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. وقال مالك: يجوز» المغني ج٤ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، والشرح ج٤ ص ٢١٩ ، ٢٢٠ ، وفي حلية العلماء ج٢ ص ٥٥١ «فإن باع الثمار الظاهرة وما يظهر بعد ذلك لم يصح البيع ، وبه قال أبو حنيفة ، وأحمد ، وقال مالك: يصح» وانظر في حكاية هذا القول عن الجمهور. المحلى لابن حزم ج٧ ص ٣١١ ، ٣١٢ مسألة ١٤٣٦ ، ١٤٣٧ ، البيان ص ١٤٥ ، الشامل ص ٢٩٥ ، ٢٩٦ ، زاد المعاد ج٤ ص ٥٣٧ ، ٥٣٨ وفي بدائع الصنائع ج٥ ص ١٣٩ «وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والبادنجان فيجوز بيع ما ظهر منه ، ولا يجوز بيع ما لم يظهر. وهذا قول عامة العلماء رضى الله عنهم. وقال مالك رحمه الله...»

(٢) يقول الزيلعي في محل الاتفاق ومحل الخلاف في المذهب «... فحاصله أن لهذه المسألة ثلاث صور. أحدها: إذا خرج الثمر كله فإنه يجوز بيعه بالاتفاق ، وحكمه ما مضى. ثانيها: أن لا يخرج شئ منه فإنه لا يجوز بيعه اتفاقا. ثالثها: أن يخرج بعضها دون البعض فإنه لا يجوز في ظاهر المذهب. وقيل: يجوز إذا كان الخارج أكثر ، ويجعل المعدوم تبعا للموجود ، وكان شمس الأئمة الحلواني ، وأبو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيان به. قال شمس الأئمة السرخسي: والأصح أنه لا يجوز...» تبين الحقائق وعليه حاشية الشلبي ج٤ ص ١٢. ونفس النص في الصور الثلاث جاء في مجمع الأنهر ، والدر المنتقى ج٢ ص ١٩ ، ويقول الكاساني «وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والبادنجان فيجوز بيع ما ظهر منه ، ولا يجوز بيع ما لم يظهر. وهذا قول عامة العلماء رضى الله عنهم ، وقال مالك رحمه الله...» بدائع الصنائع ج٥ ص ١٣٩. وفي شرح الكفاية على الهداية ج٥ ص ٤٨٩ ، ٤٩٠ «ولو باع كل الثمار وقد ظهر البعض دون البعض فظاهر المذهب أنه لا يصح عندنا خلافا لمالك. وكان شمس الأئمة الحلواني ، والفضلي يفتيان بالجواز في الثمار والبادنجان والبطيخ وغير ذلك ويجعلان الموجود أصلا في العقد وما يحدث بعده تبعا استحسانا لتعامل الناس ، وقد روى عن محمد في بيع الورد على الأشجار أنه يجوز ، ومعلوم أن الورد لا يخرج جملة ولكن يتلاحق البعض بالبعض ، والأصح أنه لا يجوز كذا في المبسوط لأنه جمع في العقد بين الموجود (=)

ومثله فى الحكم مالوظهر الكل لكن بعضه منتفع به وبعضه غير منتفع به عند من يشترط فى صحة البيع أن يكون المبيع من الثمر والزرع منتفعا به وهم عامة مشايخ المذهب مخالفين بذلك ظاهر الرواية^(١). ففى الاختيار «إن خرج بعض الثمرة أو خرج الكل لكن بعضه منتفع به لا يجوز البيع»^(٢). وبعدم صحة البيع قال الشافعية^(٣) والحنابلة فى ظاهر المذهب وهو

(=) والمعدوم والمعدوم لا يقبل البيع وحصة الموجود غير معلومة «وفى مجمع الأنهر ... أن يخرج بعضها دون بعض فانه لا يجوز فى ظاهر المذهب. وقيل: يجوز إذا كان الخارج أكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا لتعامل الناس وللضرورة ، وكان شمس الأئمة الحلوانى ، وأبو بكر بن الفضل يفتيان به. وقال شمس الأئمة السرخسى: والأصح أنه لا يجوز. وفى البحر: وهو ظاهر المذهب. لكن فى الفتح: فإن الناس تعاملوا ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم فى ذلك عادة ظاهرة وفى نزاع الناس عن عادتهم خرج ، وقد رأيت فى هذا رواية عن محمد ، وهو بيع الورد على الأشجار فإن الورد لا يخرج جملة ولكن يتلاحق البعض البعض ثم جوز البيع فى الكل بهذا الطريق» مجمع الأنهر ج٢ ص ١٩ وبهامش الدر المنقى ص ١٧ ، وانظر. شرح فتح القدير ، والهداية ، وشرح العناية ج٥ ص ٤٩١ ، ٤٩٢ ، الاختيار ج٢ ص ٦ ، ٧ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤٠ ، ٤١ ، الباب فى شرح الكتاب ج٢ ص ١٠.

وكون صحة البيع فى الموجود فقط هو التحقيق. فقد عاب ابن عابدين على من أطلق فى العبارة كصاحب الدر المختار فقد جاء فيه «ومن باع ثمرة بارزة ظهر صلاحها أو لا ، صح فى الأصح ، ولو برز بعضها دون بعض لا يصح فى ظاهر المذهب وصححه السرخسى ، وأفتى الحلوانى بالجواز لو الخارج أكثر» قال ابن عابدين «فاطلاق المصنف تبعا للزيملى محمول على ما إذا باع الموجود والمعدوم كما يفيد ما يأتى عن الحلوانى» حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج٤ ص ٤٠ ، ويلاحظ أن نقلة المذهب الحنفى فى هذا اقتصروا على ظاهر المذهب ولم يتعرضوا لمقابله وهو القول بالصحة. انظر هذه الحكايات بهامش سابق عند القول بأنه قول الجمهور.

(١) راجع ما سبق عند الحنفية فى شرط الانتفاع بالمبيع من الثمر والزرع ص ١٦٦ من البحث.

(٢) الاختيار ج٢ ص ٦ ، ٧.

(٣) يقول الماوردي «إذا بدا صلاح ما خرج من القشء والبطيخ لم يجز بيع ما لم يخلق منه تبعا لما خلق ، ووجب إفراد العقد بالموجود» الحاشى الكبير ج٦ ص ٢٣٥ ، وانظر معه مختصر الزنى ونسخة منفردة للمختصر ج٨ ص ١١٨ . وتكملة المجموع للسبكي ج١١ ص ٤٤٥ ، والأم ج٣ ص ٤٩ ، ٥٠ . مجلد / ٢ ، باب الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار ص ٥٢ ، ٥٣ فى اختلاف مالك والشافعى بهامش الأم السابق .

وفى الروضة ج٣ ص ٢٠٩ «ولا يجوز بيع الثمار بعد الصلاح مع ما يحدث بعدها» (=)

المنصوص^(١) وهو أيضا قول ابن حزم الظاهري^(٢) ومجاهد^(٣) والاباضية في قول وعدم الصحة أقرب في مثل التين^(٤) وعدم الصحة قال

(=) وفي الحلية ج ٢ ص ٥٥١ «فإن باع الثمرة الظاهرة وما يظهر بعد ذلك لم يصح البيع» وفي الأسنى ج ٢ ص ١٠٣ «اللفظ السادس الثمار. وهو يتناول نواها وقمعها. فبيع مالا يغلب اختلاطه منها دون الشجر بعد بدو الصلاح جائز ، ولو من غير شرط القطع لابيحه مع ما يحدث فغير جائز لوروده على معدوم». وفي الشامل ص ٢٩٥ ، ٢٩٦ «إذا كان في الأرض أصول البطيخ أو القثاء أو الخيار أو الباذنجان وقد حملت. نظرت ... فإن باع الثمرة الظاهرة وما يظهر من ذلك فإنه لا يصح البيع» وفي البيان ص ١٥٣ «وإن باع ثمرة بعد بدو صلاحها وما يحدث بعد ذلك من الثمرة لم يصح البيع في الموجودة ولا في المعدومة».

(١) في المغنى والشرح «ولا يجوز بيع القثاء والخيار والباذنجان وما أشبهه إلا لقطعة لقطعة» قال ابن قدامة «وجملة ذلك أنه إذا باع ثمرة شئ من هذه البقول لم يجز إلا بيع الموجود منها دون المعدوم» ، المغنى ج ٤ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٢١٩ ، ٢٢٠ ، وانظر الروض المربع ج ٢ ص ١٣١ ، وشرح الزركشي ج ٣ ص ٥٠٩ ، وزاد المعاد ج ٥ ص ٥٣٨ ، وفي الانصاف ج ٥ ص ٦٧ ، ٦٨ «ولا يجوز بيع القثاء ونحوه إلا لقطعة لقطعة إلا أن يبيع أصله. قال في الفروع: ولا يباع قثاء ونحوه إلا لقطعة لقطعة. نص عليه إلا مع أصله» ، وفي كشف القناع ج ٣ ص ٢٨٢ «ولا يباع القثاء ونحوه كالخيار والباذنجان إلا لقطعة لقطعة ... «إلا أن يبيعه» أي القثاء ونحوه «مع أصله» فيصح».

(٢) في المحلى ج ٧ ص ٣١١ مسألة ١٤٣٦ «وجوز بيع ما ظهر من المقائى - وإن كان صغيرا جدا لأنه يؤكل - ولا يحل بيع ما لم يظهر بعد من المقائى والياسين والنور ، وغير ذلك ...».

(٣) «وعن مجاهد أنه كره بيع القضب والحناء إلا جزء ، وكره بيع الخيار والخريز» المحلى السابق. والخريز معرب من الفارسية ، ومعناه البطيخ.

(٤) في شرح النيل «وما يثمر بطنا واحدا من غلة جاز يبيعه أي بيع غلته كما مر. من نخل وشجر وعنب في بلاد ، وزرع "والخلف في ثمر بطونا" بطنا بعد آخر كشجرة تين مطلقا. وقيل: ثمر بطونا في بعض البلاد فقط ، وعلى كل حال فبطونها متميزة بخلاف الليمون والجميز فبطونهما لا تتميز "كتين وعنب" هل يمتنع أو يجوز ما في الوقت والزائد للبائع ، أو للمشتري غلة سنة ولو زادت؟ خلاف. وغلة كقرع وقثاء وباذنجان أقرب للجواز من كتين لاتصال بطونه» قال أطفيش في شرحه لمتن الشينى وهو النيل «قوله: وغلة قرع» أي وبيع غلة مثل القرع بفتح فاسكان وهو ما لاساق له كالذي ينتج مانسميه بلفتنا قس بفتح التاء والسين وكسر الميم بينهما كالذي ينتج مانسميه كهي بفتح الكاف والياء التحتية وضم الموحدة بينهما ، وما نسميه الذلاع ويسمى المنتوج أيضا منها باسم القرع «قوله: وقثاء وباذنجان» اسمان لنباتين وتسمى غلتهما أيضا باسمهما ، وعطف قثاء (=)

اسحاق^(١).

القول الثاني: يصح بيعها كلها المعدوم تبعاً للموجود بل هو شرط في صحة البيع. وبه قال المالكية قولاً واحداً. وصرحوا بأنه لا يجوز بيع بعضها منفرداً عن بعض^(٢) ثم قالوا: إن كان مالا تتميز بطونه له آخر كالياسمين

(=) عطف عام على خاص ، فإن القرع يشمله ، وقال قشاً تكسر وتضم ، ويسمى به الخيار ايضاً « قوله: أقرب للجواز » باعتبار البطون « من » بيع غلة « كتين » أي مثل الشجر المسمى بالتين ويسمى ثمره ايضاً بالتين « لاتصال بطونه » بخلاف مثل شجر التين فإنه متباعد البطون ، فهو باعتبار كل بطن على حدة أبعد من الجواز من نحو قرع وقشاً وباذنجان. أ.هـ. التيل للشميني وشرحه لاطفيش ج ٨ ص ١٢٤ - ١٢٦ ، وانظر نفس الكلام في الايضاح وحاشية أبي ستة ج ٥ ص ٦٧ ، ٦٨ .

(١) انظر قول اسحاق في بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٨ ، وتهذيب الفروق ج ٣ ص ٢٧٣ الفرق ١٩٣ .

(٢) يقول ابن رشد في حكايته لتحصيل مذهب مالك « ... ثم ان تصلت فلا يخلو أن تتميز البطون أو لا ... ومثال غير المتميز المباطخ والمقائي والباذنجان والقرع ... وفي الذي يتصل ولا يتميز قول واحد ، وهو الجواز » بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٨ ، وانظره في تهذيب الفروق ج ٣ ص ٢٧٣ الفرق ١٩٣ . وفي القوانين ص ٢٢٥ « وإذا كانت الثمرة تطعم بطناً بعد بطن جاز بيع سائر البطون به » صلاح الأول إذا كانت متتابعة كالمقائي والتين . وفي حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٧٨ « ... بطون الجميز غير متميزة وأنه يجوز بيع كلها بصلاح البطن الأول وأنه لا يجوز بيع بعضها منفرداً عن بعض » وفي المنتقى ج ٤ ص ٢٢٢ « إن بيع القشاً إذا بدا صلاحه جائز بشرط أن يشتمل البيع على جميع ما يخرج منه إلى آخره ، فإن ذلك جائز ... وهذا حكم الخريز ، وهو نوع من البطيخ ، وحكم الباذنجان والقرع كما يأتي بعضه دون بعض ولا يتميز أو له من آخره » . وانظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٧٧ ، ١٧٨ ، جواهر الاكلیل ج ٢ ص ٦٠ ، ٦١ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوي ج ٤ ص ٣١٣ ، ٣١٥ ، شرح الخريز وحاشية العدوي ج ٥ ص ١٨٥ ، ١٨٦ مجلد / ٣ . ونقل مذهب مالك على هذا كثير من غير فقهاء مذهب . يقول ابن حزم « وأجازت المالكية بيع بطون المقائي ، والياسمين وجزات القصيل قبل أن يخلق الله تعالى ذلك كله ، ولم يروه غرراً » المحلى ج ٧ ص ٢٩٧ مسألة ١٤٢٧ ، ص ٣١١ مسألة ١٤٣٦ ، وفي المغنى والشرح « ... وقال مالك: يجوز بيع الجميع لأن ذلك يشق تمييزه » المغنى ج ٤ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٢١٩ ، ٢٢٠ ، وفي البلدان ج ٥ ص ١٣٩ « ما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ما ظهر منه ولا يجوز بيع ما لم يظهر ، وهذا قول عامة العلماء . رضى الله عنهم . وقال مالك رحمه الله : « إذا ظهر فيه الخارج الأول يجوز (=) »

والورد ، والتين فى بعض البلاد كتين صقلية ، والقشاة ، والخيار ،
والبطيخ ، والجميز ، والباذنجان ، ونحو ذلك من كل ما يخلف ولا يتميز بعضه
عن بعض وله آخر أى غاية ينتهى عندها فانه لا يجوز توقيته لأجل كشهـر
مثلا لاختلاف حملها بالقلة والكثرة ، والصغر والكبر ففيه غرر. وإن كان لا
آخر له كالموز ونحوه ، فهذا القسم لابد فى جواز بيعه من ضرب أجل له
وجوبا. والمشهور أنه لاحد للأجل. ومقابله: أنه السنة ونحوها وهو لابين
نافع. وقيل: سنتين لامزيد ، وهو لأشهب والخرشى. ومثل ضرب الأجل تعيين
بطون كما فى الجواهر ، وعبرة المواق «استثناء بطون معلومة». وقالوا: أن
الحكم فيما لا يتميز بطونه أنه للمشتري فيقضى له به المعدوم مع الموجود
وإن لم يشترطه^(١).

(=) يبيعه لأن فيه ضرورة ...» وفى شرح الكفاية على الهداية ج٥ ص ٤٨٩ «ولو باع كل
الثمار وقد ظهر البعض دون البعض فظاهر المذهب أنه لا يصح عندنا خلافا لما لك» ، وحكا
من الشافعية الشاشى فى حلية العلماء ج٢ ص ٥٥١ «فانباع الثمار الظاهرة وما يظهر
بعد ذلك لم يصح البيع وبه قال أبو حنيفة وأحمد. وقال مالك: يصح» والعمرانى فى
البيان ص ١٥٤ وابن الصباغ فى الشامل ص ٢٩٥ ، ٢٩٦ ، والماوردى فى الحاوى
الكبير ج٦ ص ٢٣٥ ، وأيضاً قد حكاه ابن القيم فى زاد المعاد ج٥ ص ٥٣٧ «أنواع
المعدوم». ويلاحظ أن نقلة مذهب الامام مالك خصوه بالزرع أعنى المقائى والمباطخ
ونحوها ، بينما شراح المذهب يذكرون معها ثمار الأشجار التى تتصل بطونها ولا تتميز.
فلعل قول مالك هو الأصل فى المسألة.

(١) والتقسيم فيما لا يتميز بطونه إلى ماله آخر ، ومالا آخر له ذكره خليل فى مختصره
وعلق عليه شراحه. قال خليل «وللمشتري بطون كياسمين ومقشاة» قال الخرشى «يعنى
أن المشتري يقضى له بالبطون كلها فى نحو الياسمين والمقشاة كخيار ، وقشاة ، وبطيخ
وما أشبه ذلك مما يخلف ولا يتميز بعضه من بعض وله آخر ولو لم يشترطها . قال فى
الدونة: ولا يجوز شراء ماتطمع المقائى شهرا لاحتمال الحمل فيه بالقلة والكثرة» وفى
الجواهر «وللمشتري بطون ما يختلف ولا يتميز بعضه من بعض كياسمين. أى يقضى له
بها بلا شرطها ، ومقشاة كخيار ، وعجور ، وقرع. ولا يجوز شراء بطون كياسمين ومقشاة
مؤجلة بكشهـر لاختلاف حملها بالقلة فيه والكثرة ففيه غرر». ويقول خليل فيما لا آخر
له «ووجب ضرب الأجل إن استمر كالموز» قال الخرشى «يعنى أن من اشترى ثمرة تستمر
طول العام لا تنقطع وليس لها غاية تنتهى إليه بل كلما انقطع شين منها خلفه غيره
كالموز فلا يجوز بيعه إلا بضرب الأجل وهو غاية ما يمكنه ، وظاهره ولو كثر الأجل (=)

ومن قال بصحة بيع المعلوم مع الموجود بعض الحنفية فى مقابل ظاهر المذهب والأصح ، والمجوزون له يعتمدون على رواية محمد فى الورد ، فقد أجاز بيع الورد على الأشجار مع أنه متلاحق ولا يخرج جملة. وكان شمس الأئمة الحلوانى ، والامام أبو بكر محمد بن الفضل البخارى يفتيان بجوازه فى الثمار والباذنجان ونحوهما. جعل المعلوم تبعاً للموجود^(١) وهل المجواز مشروط بكون الخارج أكثر؟ أغلب الكتب تذكر هذا الشرط ، كالدر المختار، وشرح العناية «ولهذا اشترط أن يكون الخارج أكثر» وتبيين الحقائق ، ومجمع الأنهر^(٢) لكن الكمال فى الفتح ذكر أن شمس الأئمة نقله عن الامام الفضلى بدون هذا الشرط ، ونقله البحر عن الفتح كما فى حاشية ابن عابدين^(٣). ومن أخذ بهذا القول من محققى الحنفية ابن عابدين ، والكمال

(=) وهو كذلك على المشهور» قال العدوى فى المدة على مقابل المشهور «مقابل المشهور مالا ينفع من أنه لا يجوز إلا سنة ونحوها ، وأشهب وكلام الشارح يفيد أنه لا يجوز الزائد على سنتين . ومثل ضرب الأجل استثناء بطون معلومة. قاله المواق» انظر. شرح الحرشي وحاشية العدوى ج ٥ ص ١٨٥ ، ١٨٦ مجلد / ٣ ، جواهر الاكليل ج ٢ ص ٦٠ ، ٦١ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٧٧ ، ١٧٨ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوى ج ٤ ص ٣١٣ ، ٣١٥.

(١) انظر. حاشية ابن عابدين والدر المختار ج ٤ ص ٣٩ - ٤١ ، الاختيار ج ٢ ص ٦ ، ٧ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٩ ، الهداية وشرح فتح القدير ، وشرح العناية ، وحاشية سعد جلبي ، وشرح الكفاية كل ذلك على الهداية ج ٥ ص ٤٨٩ - ٤٩٢ ، الدر المنتقى ومعه مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٧ ، ١٩ ، تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٢ ، وقد سبقت نصوص من بعض هذه المراجع بهامش القول الأول.

(٢) وفى الدر المنتقى أن القهستاني نقله لكن بزيادة قيد كون الموجود أكثر من المعلوم جاء فيه «واختلف فيما إذا ظهر البعض ، وظاهر المذهب لا يجوز ، وأفتى ابن الفضل والحلوانى بالمجواز ، ويجعل المعلوم تبعاً كذا فى النهر وغيره. قلت: ونقله القهستاني لكن بزيادة قيد كون الموجود أكثر من المعلوم» الدر المنتقى مع مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٧.

(٣) قال ابن عابدين «ذكر فى البحر عن الفتح أن ما نقله شمس الأئمة عن الامام الفضلى لم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد أكثر بل قال عنه: أجعل الموجود أصلاً ، وما يحدث بعد ذلك تبعاً» حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٠.

ابن الهمام^(١).

وصحة بيع المعدوم مع الموجود هو قول في مذهب الحنابلة اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية ، ونصره ابن القيم وصححه^(٢) وهو قول للاباضية بل هو عندهم أقرب ما قيل في المقائى^(٣).

الأدلة:

دليل القول الأول: استدلال الجمهور على عدم صحة البيع بالسنة ،

والمعنى.

أولا: من السنة:

أ- أن النبى - ﷺ - «نهى عن الفرر»^(٤) وهذا البيع من أعظم الفرر

(١) حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤٠ ، ٤١ ، شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩١ ، ٤٩٢ ، وسيأتى فى الأدلة ومناقشتها.

(٢) فى زاد المعاد ج٥ ص ٥٣٧ فى النوع الثانى من أنواع المعدوم «والنوع المختلف فيه كبيع المقائى والمباخغ إذا طابت فهذا فيه قولان. أحدهما: أنه يجوز بيعها جملة وبأخذها المشترى شيئا بعد شئ كما جرت به العادة ويجرى مجرى بيع الثمرة بعد بدو صلاحها. وهذا هو الصحيح من القولين الذى استقر عليه عمل الأمة ولاغنى لهم عنه ، ولم يأت بالمنع منه كتاب ولا سنة ولا إجماع ، ولا أثر ، ولا قياس صحيح ، وهو مذهب مالك وأهل المدينة ، وأحد القولين فى مذهب أحمد ، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية». وانظر نفس الكلام لابن القيم أيضا فى كتابه أعلام الموقعين ج٢ ص ٣٠ ، ٣١ ، وفى الانصاف ج٥ ص ٦٨ ، «قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: يجوز بيع اللقطة الموجودة والمعدومة إلى أن تيبس المشاة. وقال أيضا: يجوز بيع المقائى دون أصولها. وقال: قاله كثيرون من الأصحاب لقصد الظاهر غالبا».

(٣) شرح النيل ج٨ ص ١٢٤ - ١٢٦ ، الايضاح وحاشية أبى ستة ج٥ ص ٦٧ ، ٦٩ ، وقد سبق نص شرح النيل بهامش القول الأول. وعلى هذا القول يصح مع اشتراط الزيادة. «وأما إن اشترى الغلة الحاضرة ، وذكر أن التى ستزيد داخله فى البيع فلا يجوز قطعا ، وكذا إن قال: اشترت الحاضرة والتى ستزيد ، أو قال البائع: بعث ذلك ، وقاما على ذلك وأجازاه ، وقيل: إن البيع جائز أيضا فى هذه الصورة على ذلك القول». شرح النيل السابق ص ١٢٥ ، والايضاح السابق.

(٤) سبق تخريجه فى أحاديث النهى عن الفرر ص ٤٣ ، ٥٠ من البحث.

لأنه يتردد بين الوجود والعدم ، وبين القلة والكثرة ، بين الرداءة والجودة^(١).

ب- أن النبي - ﷺ - «نهى عن بيع المعاومة وبيع السنين»^(٢) ومنه بيع مالم يخلق يقول ابن حزم «ويجوز بيع ماظهر من المقائى -وان كان صغير جدا- لأنه يؤكل ، ولا يحل بيع مالم يظهر بعد من المقائى والياسمين والنور وغير ذلك ، لأن كل ذلك بيع مالم يخلق -ولعله لا يخلق- وان خلق فلا يدري أحد غير الله تعالى ماكميته ، ولا ما صفاته ، فهو حرام بكل وجه وبيع غرر وأكل مال بالباطل»^(٣). ويقول الشافعى «قلنا: لما نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع السنين ، ونهى عن بيع الفرر ، ونهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه كان بيع ثمرة لم تخلق بعد أولى فى جميع هذا ...»^(٤).

ويقول ابن رشد «وأما الجمهور. فان هذا كله عندهم من بيع مالم يخلق ، ومن باب النهى عن بيع الثمار معاومة»^(٥).

ثانيا: المعنى:

ومنه أقيسة بعضها من باب القياس الأولى. كالقياس على الثمرة قبل بدو صلاحها . وقاسوا المسألة هنا على بيع المعدوم مفردا ، وعلى البيع فى حالة عدم ظهور شئى مطلقا. ومن المعنى أيضا أن فى هذا البيع جمعا بين الوجود ، والمعدوم وخصه الوجود من الثمن غير معلومة.

(١) الحارثى الكبير ج٦ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦.

(٢) سبق تخريجه فى أحاديث النهى عن بيع السنين عند حكم بيع الثمار والزروع قبل خلقها ص ٤٨ من البحث.

(٣) المحلى ج٧ ص ٣١١ مسألة ١٤٣٦.

(٤) الأم ج٣ ص ٦٥ ، ٦٦ مجلد ٢ باب وقت بيع الفاكهة ، مختصر المزنى ج٨ ص ١١٨.

(٥) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣٨ ، وانظره فى تهذيب الفروق ج٤ ص ٢٧٣ الفرق ١٩٣ ، وشرح النيل ج٨ ص ١٢٥ ، والابضاح ج٥ ص ٦٧ ، ٦٨.

يقول الماوردي «ودليلنا: نهيه - ^{نقطة} - عن بيع الغرر ، وهذا البيع من أعظم الغرر لأنه يتردد بين الوجود والعدم ، وبين القلة والكثرة ، بين الرداءة والجودة ، ولأن النخل أثبت من البطيخ أصلا وحمله أقل من البطيخ خطرا ، فلما لم يجز بيع مالم يخلق من غير النخل تبعا لما خلق فأولى أن لايجوز بيع مالم يخلق من البطيخ تبعا لما خلق. وتحريره قياسا: أنها ثمرة لايجوز إفرادها بالعقد ، فوجب إذا لم تدخل في البيع بغير شرط أن لا تدخل فيه بالشرط كالنخل لأنه لما لم يجز بيع مالم يبد صلاحه مع وجوده وقلة غرره فبيع مالم يخلق أولى أن لايجوز مع عدمه وكثرة غرره»^(١).

ويقول العمراني «إن هذا غرر فلم يصح كما لو باعه المعدومة منفردة»^(٢).

ويقول ابن الصباغ «ودليلنا: أنها ثمرة لم تخلق فلم يجز بيعها كما لو باعها قبل ظهور شيء منها»^(٣).

ويقول ابنا قدامة «ولنا: أنها ثمرة لم تخلق فلم يجز بيعها كما لو باعها قبل ظهور شيء منها ، والحاجة تندفع ببيع أصوله»^(٤). ويقول البهوتي «ولا يباع القشاء ونحوه كالخيار والباذنجان إلا لقطعة لقطعة. لأن الزائد على اللقطة لم يخلق فلم يجز بيعه كما لو باعه قبل ظهوره. إلا أن يبيعه مع أصله فيصح لأنه إذن تبع للأصل أشبه الحمل مع أمه وأس الحائض معه ، كالتمر إذا بيع مع الشجر»^(٥) ويقول ابن القيم بعد كلام في المعدوم «...»

(١) الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ ، ومعه مختصر المزني ، ونسخة أخرى للمختصر ج٨ ص ١١٨.

(٢) البيان ص ١٥٤.

(٣) الشامل ص ٢٩٥ ، ٢٩٦.

(٤) المغني ج٤ ص ٢٢٥ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢١٩ ، ٢٢٠.

(٥) كشف القناع ج٣ ص ٢٨٢.

ومن هذا الباب بيع المقائى والمباطخ والباذنجان فمن منع بيعه إلا لقطعة لقطعة قال: لأنه معدوم فهو كبيع الثمرة قبل ظهورها» (١).

ويقول الزركشى «لا يجوز بيع الخيار والباذنجان وما أشبه ذلك كالثقلاء والبطيخ -إلا لقطعة لقطعة لأن الزائد على ذلك غير معلوم فلم يجز بيعه لعدم العلم به» (٢).

وفى البدائع «ولنا: أن ما لم يظهر منه معدوم فلا يحتمل البيع» (٣).

وفى الاختيار «فإن خرج بعض الثمر أو خرج الكل لكن بعضه منتفع به لا يجوز البيع للجمع بين الموجود والمعدوم ، والمتقوم وغير المتقوم» (٤) فتبقى حصة الموجود مجهولة» (٥).

وفى شرح الكفاية «والأصح أنه لا يجوز ، كذا فى المبسوط لأنه جمع فى العقد بين الموجود والمعدوم ، والمعدوم لا يقبل البيع ، وحصة الموجود غير معلومة» (٦).

المناقشة:

ومذهب الجمهور ناقشه ابن القيم بقوله: ولم يأت بالمنع منه كتاب ولا سنة ، ولا إجماع ، ولا أثر ، ولا قياس صحيح. ثم قال: والذين قالوا:

(١) أعلام الموقعين ج٢ ص ٣١ ، ولا حظ زاد المعاد ج٥ ص ٥٣٧ ، ٥٣٨ .

(٢) شرح الزركشى ج٣ ص ٥٠٩ .

(٣) بدائع الصنائع ج٥ ص ١٣٩ .

(٤) أى وكذلك الحكم إن ظهر الكل وكان بعضه غير منتفع به فإن فيه جمعا بين المنتفع به وغير المنتفع وهو جمع بين الجائز وغير الجائز ، حيث اعتبر الموجود غير المتقوم كالمعدوم. ذلك أن مقابل ظاهر الرواية اشتراط كون المبيع من الثمر والزرع منتفعا به ، وقد مر فى شرط الانتفاع.

(٥) الاختيار ج٢ ص ٦ ، ٧ .

(٦) شرح الكفاية ج٥ ص ٤٨٩ ، ٤٩٠ ، وانظره فى تبیین الحقائق ج٤ ص ١١٢ ، الدر المنقى ومجمع الأنهر ج٢ ص ١٩ .

لا يباع إلا لقطة لقطة لا ينضبط قولهم شرعا ولا عرفا ويتعذر العمل به غالبا ، وإن أمكن ففي غاية العسر ، ويؤدي إلى التنازع والاختلاف الشديد ، فإن المشتري يريد أخذ الصغار والكبار ، ولا سيما إذا كان صفاره أطيب من كباره ، والبائع لا يؤثر ذلك ، وليس في ذلك عرف منضبط ، وقد تكون المقشاة كثيرة ، فلا يستوعب المشتري اللقطة الظاهرة حتى يحدث فيها لقطة أخرى ، ويختلط المبيع بغيره ، ويتعذر تمييزه ، ويتعذر أو يتعسر على صاحب المقشاة أن يحضر لها كل وقت من يشتري ما تجدد فيها ، ويفرده بعقد ، وما كان هكذا فإن الشريعة لا تأتي به ، فهذا غير مقدور ، ولا مشروع ، ولو ألزم الناس به لفسد أموالهم وتعطلت مصالحهم ، ثم إنه يتضمن التفريق بين متماثلين من كل الوجوه ، فإن بدو الصلاح في المقاشي بمنزلة بدو الصلاح في الثمار وتلاحق أجزائها كتلاحق أجزاء الثمار ، وجعل مالم يخلق منها تبعا لما خلق في الصورتين واحد ، فالتفريق بينهما تفريق بين متماثلين .

ثم إن ابن القيم عاب على الجمهور مخلصه مما تقدم قائلا: ولما رأى هؤلاء ما في بيعها من لقطة لقطة من الفساد والتعذر قالوا: طريق رفع ذلك بأن يبيع أصلها معها .

ويقال: إذا كان بيعها جملة مفسدة عندكم وهو بيع معدوم وغرر فإن هذا لا يرتفع ببيع العروق التي لا قيمة لها ، وإن كان لها قيمة فبسياسة جدا بالنسبة إلى الثمن المبذول ، وليس للمشتري قصد في العروق ، ولا يدفع فيها الجملة من المال ، وما الذي حصل ببيع العروق معها من المصلحة لهما حتى شرط ، وإذا لم يكن بيع أصول الثمار شرطا في صحة بيع الثمرة المتلاحقة كالتين والتوت ، وهي مقصودة ، فكيف يكون بيع أصول المقاشي شرطا في صحة بيعها وهي غير مقصودة^(١) .

أقول: ولنا على اعتراض ابن القيم ملحوظتان:

الأولى: زعمه بأن قول الجمهور يتضمن التفريق بين متماثلين من كل الوجوه غير مسلم. أما جواز بيع الثمار إذا بدا صلاح بعضها فلأن الثمرة كلها موجودة فهو تلاحق في بدو الصلاح لاقى الظهور ، بينما ما يقصده في المقائى هو تلاحق معدوم وقت العقد بوجوده. فالفرق ظاهر.

الثانية: إهداره لقيمة أصول المقائى والمباطخ ومن ثم لا فائدة في اشتراطها لصحة بيع المقائى ، غير مسلم أيضا. فان المشتري لا يقصد أبدا شراء هذه الأصول لذاتها وإنما يشتريها ليبنى ما عليها وما سيحدث منها في ملكه فيأخذ الكبير والصغير منها ، فالقيمة ليست في الأصول بذاتها وإنما القيمة في كونها ثمرة ، ومن ثم فانها تفقد قيمتها أو تقل إذا عجزت عن الاثمار.

أما عن المصلحة التى يتسأل عنها ابن القيم ظاهرة جدا ، وهي أن يحدث الثمرة في ملك المشتري فتطيب له بعيدا عن المحاذير التى أتى بها الجمهور.

دليل القول الثانى: استدل من قال بصحة بيع المعدوم مع الموجود بالآتى:

١- اعتبار حالة الضرورة.

٢- القياس على المنافع فى الاجارة إذ هي بيع للمنافع قبل وجودها.

٣- القياس على صحة بيع ما لم يبد صلاحه تبعا لما بدا صلاحه.

٤- القياس على الزيادة المتصلة التى لا تتميز كالطول والكبر حيث ما يحدث منها يدخل فى البيع فكذلك يدخل فى البيع ما يحدث من الزيادة

التي تتميز لأنهما جميعا بيع ما لم يخلق.

فأدلة أصحاب هذا القول لا تخرج غالبا عن المذكور ، وبيان كالاتى:

أ- قول المالكية وابن القيم والاباضية فى الدليل.

يقول ابن رشد «وحجة مالك فيما لا يتميز أنه لا يمكن حبس أوله على آخره فجاز أن يباع ما لم يخلق منها مع ما خلق وبدا صلاحه. أصله جواز بيع ما لم يطب من الثمر مع ما طاب لأن الفرر فى الصفة شبهة بالفرر فى عين الشئ وكأنه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن تقاس على الرخصة فى بيع الثمار أعنى ما طاب مع ما لم يطب لموضع الضرورة. والأصل عنده أن من الفرر ما يجوز لموضع الضرورة»^(١).

ويقول الباجي «إن بيع القشاء إذا بدا صلاحه جائز بشرط أن يشتمل البيع على جميع ما يخرج منه إلى آخره فان ذلك جائز لأن صلاح تلك الثمرة قد بدا فباقيها تبع لها لأن هذا حكم يتبع فيه كل ما بدا صلاحه كل ما يأتى بعده منه ، وهذا حكم التخريز ، وهو نوع من البطيخ وحكم الباذنجان والقرع مما يأتى بعضه دون بعض ولا يتميز أوله عن آخره»^(٢).

وفى شرح النيل: «وإنما جاز ذلك مع أن ما يزيد لم يكن موجودا حال البيع تبعا للموجود ، وكم شئ يصح تبعا ولا يصح استقلالاً ، كما جاز بيع ما لم يدرك مع ما أدرك فى شجرة واحدة أو فى بستان أو فى بلد على ما مر. ولأن ذلك كشراء شئ مثل أن يكرى دابة مدة معلومة ينتفع بها فكذا شراء شجرة فيها ثمار ظاهرة مدركة تنبئ عما يأتى من الثمار وذلك قول ضعيف»^(٣).

(١) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٨ ، ونفس النص فى تهذيب الفروق ج٣ ص ٢٧٣ الفرق ١٩٣.

(٢) المنتقى ج٤ ص ٢٢.

(٣) شرح النيل ج٨ ص ١٢٤ ، ١٢٥.

وينحو هذا الدليل استدلالهم غيرهم.

يقول الكاساني «... وقال مالك رحمه الله: إذا ظهر فيه الخارج الأول يجوز بيعه لأن فيه ضرورة لأنه لا يظهر الكل دفعة واحدة بل على التعاقب بعضها بعد بعض فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور البعض لوقع الناس في الحرج» (١).

ويقول ابن قدامة «وقال مالك: يجوز بيع الجميع لأن ذلك يشقى تمييزه فجعل مالم يظهر تبعاً لما ظهر كما أن مالم يبد صلاحه تبع لما بدا» (٢).

ويذكر الماوردي الأدلة جميعها فيقول «وقال مالك: يجوز بيع مالم يخلق منه تبعاً لما خلق ، استدلالاً بأن شروط العقد معتبرة بالضرورة ، فبيع العروض لا يجوز قبل وجودها لارتفاع الضرورة وإمكان بيعها بعد وجودها ، والاجارة هي بيع للمنافع قبل وجودها لوجود الضرورة وتعذر بيعها بعد وجودها ، فلما كان مالم يخلق من القشاء والبطيخ يتعذر بيعه إذا خلق لاختلاطه بالأول دعت الضرورة إلى بيعه قبل أن يخلق تبعاً لما خلق. قال: ولأنه لما كان ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا صلاحه في البيع ، جاز أن يكون ما لم يخلق تبعاً لما خلق في البيع. وقال: ولأنه لما جاز أن يدخل في البيع ما يحدث من الزيادة التي لا تتميز كالطول والكبر ، جاز أن يدخل في البيع ما يحدث من الزيادة التي تتميز ، لأنهما جميعاً بيع ما لم يخلق» (٣).

ويقول الحافظ في الفتح «وعند مالك يجوز إذا بدا صلاحه وللمشتري ما يتجدد منه بعد ذلك حتى ينقطع ويغتفر الغرر في ذلك للحاجة ، وشبهه

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٩.

(٢) المغنى ج ٤ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٢١٩ ، ٢٢٠ ، ونفس الدليل في الشامل لابن الصباغ ص ٢٩٥ ، ٢٩٦ ، الحاوي الكبير ج ٦ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦.

(٣) الحاوي الكبير ج ٦ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦.

بجواز كراء خدمة العبد مع أنها تتجدد وتختلف ، وبكراء المرضعة مع أن لبنها يتجدد ، ولا يدري كم يشرب الطفل»^(١).

ويقول ابن القيم فى النوع الثانى من أنواع المعدوم «... والنوع المختلف فيه كبيع المقائى ، والمباطخ إذا طابت. فهذا فيه قولان. أحدهما: أنه يجوز بيعها جملة وبأخذها المشتري شيئاً بعد شيئ كما جرت به العادة ، ويجرى مجرى بيع الثمرة بعد بدو صلاحها. وهذا هو الصحيح من القولين الذى استقر عليه عمل الأمة ولاغنى لهم عنه ... وهو مذهب مالك وأهل المدينة وأحد القولين فى مذهب أحمد ، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية».

ثم يذكر القياس على الاجارة فيقول: «والمقصود أن هذا المعدوم يجوز بيعه تبعاً لموجود ، ولاتأثير للمعدوم ، هذا كالمنافع المعقود عليها فى الاجارة فانها معدومة ، وهي مورد العقد ، لأنها لا يمكن أن تحدث دفعة واحدة والشرائع مبناه على رعاية مصالح العباد ، وعدم الحجر عليهم فيما لا بد لهم منه ، ولاتتم مصالحهم فى معاشهم إلا به»^(٢).

ويقول فى كتاب آخر له: «والنبي - ﷺ - جوز بيع الثمرة بعد بدو الصلاح مستحقة الابقاء إلى كمال الصلاح ولم يجعل موجب العقد القبض فى الحال بل القبض المعتاد عند انتهاء صلاحها ، ودخل فيما أذن فيه: بيع ما هو معدوم لم يخلق بعد وقبض ذلك بمنزلة قبض العين المؤجرة ... ومن هذا الباب بيع المقائى والمباطخ والباذنجان فمن منع بيعه إلا لقطة لقطة قال: لأنه معدوم ، فهو كبيع الثمرة قبل ظهورها ، ومن جوزها كأهل المدينة وبعض أصحاب أحمد فى قولهم أصح فانه لا يمكن بيعها إلا على هذا الوجه

(١) فتح البارى ج ٤ ص ٤٧٢.

(٢) زاد المعاد ج ٥ ص ٥٣٧ ، ٥٣٨ - أنواع المعدوم.

ولا تتميز اللقطة المبيعة عن غيرها ولا تقوم المصلحة ببيعها كذلك ولو كلف الناس به لكان أشق شئ عليهم وأعظمه ضررا ، والشرعة لاتأتى به. وقد تقدم^(١) أن مالا يباع إلا على وجه واحد لا ينهى الشارع عن بيعه ، وإنما ينهى الشارع عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح لا مكان تأخير بيعها إلى وقت بدو الصلاح^(٢).

ب- أما دليل من ذهب من الحنفية مذهب مالك ومن وافقه فهو الاستحسان لتعامل الناس فانهم تعاملوا ببيع ثمار الكروم بهذه الصفة ولهم فى ذلك عادة ظاهرة ، وفى نزاع الناس من عاداتهم حرج ، وتعلقوا برواية محمد فى الورد.

يقول ابن الهمام: «وكان الحلوانى يفتى بجوازه فى الكل ، وزعم أنه مروى عن أصحابنا ، وكذا حكى عن الامام الفضلى وكان يقول الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تبع نقله شمس الأئمة عنه ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون أكثر بل قال عنه: أجعل الموجود أصلا فى العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا ، وقال: استحسن فيه التعامل الناس فانهم تعاملوا ببيع ثمار الكروم بهذه الصفة ولهم فى ذلك عادة ظاهرة وفى نزاع الناس من عاداتهم حرج ، وقد رأيت زواية فى نحو هذا عن محمد رحمه الله وهو ببيع الورد على الأشجار فان الورد متلاحق ثم جوز البيع فى الكل^(٣) بهذا الطريق وهو قول مالك^(٤).

(١) أي فى موطن سابق من هذا الكتاب لابن القيم.

(٢) أعلام الموقعين ج٢ ص ٣٠ ، ٣١.

(٣) قال فى شرح الكفاية: «ومعلوم أن الورد لا يخرج جملة ولكن يتلاحق البعض ببعض».

(٤) شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩٢ ، وانظر فى هذا الدليل. حاشية ابن عابدين والدر المختار

ج٤ ص ٤٠ ، ٤١ ، ١٠٦ ، الاختيار ج٢ ص ٦ ، ٧ ، بدائع الصنائع ج٥ ص ١٣٩ ،

الهداية وشرح العناية ، وحاشية سعد جلى ، وشرح الكفاية ج٥ ص ٤٨٩ - ٤٩٢ ،

الدر المنتقى ومعه مجمع الأنهر ج٢ ص ١٧ ، ١٩ ، تبين الحقائق وحاشية الشلبى ج٤

ص ١٢.

أقول: وتوجيه الاستحسان عند الحنفية لا يخرج عن توجيه الضرورة عند غيرهم من أصحاب هذا القول.

المناقشة:

أ- أما القول بالضرورة فقد نوفش بالمنع منها.

وجه المنع: أنه يمكنه أن يبيع الأصول^(١) بما فيها حتى يكون الحادث على ملك المشتري ، ويمكنه أن يأخذ ما خلق وبيعه حالا بعد حال ، ويمكنه أن يبيع ما خلق وسامح فيما لم يخلق. ويمكنه كما قال جمهور الحنفية فى الرد على الحلوانى وابن الفضل: أن يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد فيما بقى إلى وقت وجوده. كل ذلك ونحوه يرفع الضرورة فلا حاجة إذا إلى تجويز العقد فى المعدوم.

يقول الماوردي بعد تقريره لدليل مالك: «وأما الجواب عن استدلاله بالضرورة الداعية إليه فدعوى يرفعها العيان ، لأنه يقدر على أخذ ما خلق وبيعه حالا بعد حال ، ولا يقدر على مثل هذا فى الاجارة ، ويمكنه بيع ما خلق ، والسماحة بما لم يخلق»^(٢).

ويقول ابن الصباغ فى الرد على مالك: «وما قال من الحاجة فليس بصحيح لأنه يمكنه بيع أصوله فلا حاجة إلى ذلك»^(٣). وفى المغنى والشرح: «والحاجة تندفع ببيع أصوله»^(٤) قال البهوتى: «لأنه حينئذ تبع للأصل

(١) وقد مر موقف الفقهاء من بيع أصول المقاتل والمبايع فى الفصل الثانى عقب حكم بيع الثمار ص ٢٣٤ من البحث والزروع بعد الظهور وقبل بدو الصلاح مفردة لملك الأصل. وذلك فى قولنا «عود على بدء»، ص ٢٤١ من البحث.

(٢) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦.

(٣) الشامل ص ٢٩٥ ، ٢٩٦.

(٤) المغنى ج٤ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، والشرح ج٤ ص ٢١٩ ، ٢٢٠ ، وانظر الروض المربع

ج٢ ص ١٣١ ، شرح الزركشى ج٢ ص ٥٠٩ ، الانصاف ج٥ ص ٦٧ ، ٦٨.

أشبه الحمل مع أمه وأس الحائط معه كالثمر إذا بيع مع الشجر»^(١).

ويقول الكاساني بعد ذكره لمذهب مالك ودليله: «ودعوى الضرورة والخرج ممنوعة فانه يمكن أن يبيع الأصل بما فيه من الثمر ، وما يحدث منه بعد ذلك يكون ملك المشتري»^(٢).

وعند الحنفية فى الدفاع عن ظاهر المذهب ، والرد على الحلواني وابن الفضل يقول الزيلعى: «وقال شمس الأئمة السرخسى: والأصح أنه لا يجوز لأن المصير إلى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا لأنه يمكنه أن يبيع الأصول ، أو يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد فى الباقي إلى وقت وجوده ، أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيع له الانتفاع بما يحدث منه فيحصل مقصودهما بهذا الطريق فلا ضرورة إلى تجويز العقد فى المعلوم لمصادمته النص وهو ما روى أنه عليه السلام^(٣) نهى عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم»^(٤). وفى شرح الكفاية: «والأصح أنه لا يجوز كذا فى المبسوط لانه جمع فى العقد بين الموجود والمعلوم ، والمعلوم لا يقبل البيع وحصة الموجود غير معلومة ، وترك القياس بالتعامل إنما يجوز عند تحقق الضرورة ولا ضرورة هاهنا. أما فى الباذنجان والبطيخ فلأنه يمكن أن يبيع أصولهما حتى يكون الحادث على ملك المشتري. ولا ضرورة فى بيع الثمار لأنه يمكنه أن يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد فيما بقى إلى وقت وجوده فلا ضرورة إلى تجويز العقد فى المعلوم»^(٥).

(١) كشف القناع ج٢ ص ٢٨٢.

(٢) بدائع الصنائع ج٥ ص ١٣٩.

(٣) نصب الرأية، ج٤ ص ٤٥.

(٤) تبين الحقائق وعليه حاشية الشلبى ج٤ ص ١٢.

(٥) شرح الكفاية على الهداية ج٥ ص ٤٨٩ ، ٤٩٠ ، وانظر. الدر المختار وحاشية ابن (=)

الجواب:

وقد أجاب ابن عابدين -وهو من المناصرين لجواز البيع كابن الهمام- على المناقشة النافية للضرورة في هذا البيع بقوله: قلت: لكن لا يخفى تحقق الضرورة في زماننا ولا سيما في مثل دمشق الشام كثيرة الأشجار والثمار فانه لغلبة الجهل على الناس لا يمكن الزامهم بالتخلص باحدى الطرق المذكورة وان أمكن ذلك بالنسبة إلى بعض أفراد الناس لا يمكن بالنسبة إلى عامتهم وفي نزاعهم عن عاداتهم خرج كما علمت. ويلزم تحريم أكل الثمار في هذه البلدان إذ لا تباع إلا كذلك والنبى - ﷺ - إنما رخص في السلم للضرورة مع أنه بيع المعلوم فحيث تحققت الضرورة هنا أيضا أمكن إلحاقه بالسلم بطريق الدلالة فلم يكن مصادما للنص فلذا جعلوه من الاستحسان لأن القياس عدم الجواز. وظاهر كلام الفتح الميل إلى الجواز ، ولذا أورد له الرواية عن محمد بل تقدم أن الحلواني رواه عن أصحابنا ، وماضاق الأمر إلا اتسع ولا يخفى أن هذا مسرّوخ للعدول عن ظاهر الرواية كما يعلم من رسالتنا المسماة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف. أ.هـ. (١).

ب- وأما اعتبار البيع في مسئلتنا بالاجارة. فقد قال ابن حزم: « واحتج بعضهم باستنجار الظئر -وهذا تحريف لكلام الله تعالى عن موضعه، وأين الاستنجار من البيع ، ثم أين اللبن المرتضع من القشاء والياسمين؟ وهم يحرمون بيع لبن شاة قبل حلبه ، ولا يقيسونه على الظئر ثم يقيسون عليه بيع القشاء ، والنور ، والياسمين قبل أن يخلق- » (٢): وقد

(=) عابدين ج٤ ص ٤٠ ، ٤١ ، الاختيار ج٢ ص ٦ ، ٧ ، الهداية وشرح فتح القدير ، وشرح العناية ج٥ ص ٤٩٠ : ٤٩٢ ، الدر المنتقى ومعه مجمع الأنهر ج٢ ص ١٧ ، ١٩ .

(١) حاشية ابن عابدين والدر المختار ج٤ ص ٤٠ ، ٤١ .

(٢) المحلى ج٧ ص ٣١١ مسألة ١٤٣٦ .

تقدم أن صاحب الثمر يقدر على أخذ ما خلق وبيعه حالا بعد حال ، ولا يقدر على مثل هذا فى منافع الاجارة فافترقا^(١).

ج- وأما القياس على الثمار بعد بدو صلاح البعض فانه يجوز بيع جميعها مالم يبد صلاحه تبعا لما بدا صلاحه. فيقول الجمهور: «وأما استدلاله^(٢) بأنه لما كان مالم يبد صلاحه تبعا لما بدا صلاحه ، كذلك مالم يخلق يكون تبعا لما خلق ، فالجواب عنه: أن مالم يبد صلاحه لما جاز إفراده بالعقد ، جاز أن ينضم فى العقد على غيره ، ومالم يخلق لما لم يجز إفراده بالعقد ، لم يجز أن يضم فى العقد إلى غيره»^(٣).

د- وأما القياس على الزيادة المتصلة. فقد رده الماوردي بقوله: «وأما استدلاله^(٤) بالزيادة المتصلة فغير صحيح. لأن الزيادة المتصلة تحدث على ملك المشتري فلذلك دخلت فى البيع بغير شرط ، ولو شرط خروجها من البيع فسد العقد ، والزيادة المنفصلة تحدث على ملك البائع ولذلك لم تدخل فى البيع بغير شرط ، فوجب أن يكون اشتراط دخولها فى البيع مفسد للعقد»^(٥).

هـ- هذا وقد رد ابن حزم قول مالك ومن وافقه لأنه قول لاسلف له فيه يقول ابن حزم: «يجوز بيع ما ظهر من المقائى - وإن كان صغير جدا لأنه

(١) راجع قول الماوردي فى المناقشة السابقة لحالة الضرورة.

(٢) أي الامام مالك.

(٣) أنظر هذا النص فى الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٣٦ ، ونظره فى المغنى ج٤ ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢١٩ ، ٢٢٠ ، والشامل ص ٢٩٥ ، ٢٩٦.

(٤) أي الامام مالك.

(٥) الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٣٦ ، وفى شرح النيل للاباضية ج٨ ص ١٢٥ ، عن اشتراط الزيادة «وأما إن اشترى الغلة الحاضرة ، وذكر أن التى ستزيد داخله فى البيع فلا يجوز قطعا ، وكذا إن قال: اشترى الحاضرة والذى ستزيد ، أو قال البائع: بعث ذلك ، وقاما على ذلك وأجازاه. وقيل: إن البيع جائز أيضا فى هذه الصور» ، وأنظر الايضاح وحاشيته ج٥ ص ٦٧ ، ٦٨.

يؤكل - ولا يحل بيع مال يظهر بعد من المقائى والياسمين والنور ، وغير ذلك ، ولا جزة ثانية من القصيل . لأن كل ذلك بيع مال يخلق - ولعله لا يخلق - وان خلق فلا يدري أحد غير الله تعالى ما كميته ، ولا ماصفاته ، فهو حرام بكل وجه وبيع غرر وأكل مال بالباطل . و أجاز مالك كل ذلك ^(١) وما نعلم له فى تخصيص هذه الأشياء سلفا ، ولا أحد قاله غيره قبله ، ولا حجة ^(٢) .

وقد ضعف أطفيش هذا القول فى مذهبه قائلا : « وذلك قول ضعيف لأنه لا يخرج عن بيع المعاومة وبيع الثمار قبل أن تخلق ، وقد منع منها بعد خلقها وقبل زهوها فكيف قبل خلقها » ^(٣) .

الرأى فى المسألة :

بعد العرض السابق لأدلة الفريقين والمناقشات الواردة عليها نرى أن الحجة من جهة الدليل أقوى فى جانب الجمهور الذاهب إلى عدم صحة البيع فى حالة الجمع بين الموجود والمعدوم . والمشاهد فى بلادنا وهى بلاد زرع يؤيد ذلك فنحن نرى أصحاب هذه الثمار يأخذون هذه الثمرة بالتدريج وبيعونها دون مشقة . بل نرى الخسارة الفادحة تلحق بالمشتري عندما تصاب الثمرة بالآفة بعد انعقادها ، أو يصاب الزهر بالآفة قبل انعقادها ، وقد لا تخرج الزهرة أصلا ، كما نلاحظه جيدا فى محصول الطماطم . فيضيع مال المشتري وجهده ، وقد لا تقوم لهذا المشتري قائمة بعد ذلك إذا كانت المساحة كبيرة . وأيضا فان دعوى تعامل الناس بالبيع الذى منعه الجمهور - وفى قطع الناس

(١) سيأتى فى حكم بيع القصيل . أن للامام مالك روايتين فى القصيل . إحداهما الجواز ، وهى التى ذكرها ابن حزم ، مع أنها رواية ضعيفة كما قال ابن رشد فى بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٨ ، وكما فى تهذيب الفروق ج ٣ ص ٢٧٣ الفرق ١٩٣ .

(٢) المحلى ج ٧ ص ٣١١ مسألة ١٤٣٦ .

(٣) شرح النيل ج ٨ ص ١٢٥ ، وانظر . الابيضاح وحاشيته ج ٥ ص ٦٧ ، ٦٨ .

عن عاداتهم حرج ، والحرج مرفوع- فهذه دعوى تفتح بابا واسعا فى أن كلما اعتاد الناس معاملة محرمة قلنا بحلها جريا وراء أعرافهم حتى لا يقعوا فى الحرج. وهذا منطق يرفضه الشرع والعقل ، فقد اعتاد الناس بيوعات تصادم النصوص ، فالأولى المنع لعدم قيام الضرورة ، ومن ثم فالقول بالجواز قول يصادم النصوص ، والقياس ، والمعقول.

واليك قول الشافعى فى اختلافه مع مالك ، وفى الأم.

يقول فى اختلافه مع مالك: «... وقلنا: فإذا لم يحل بيع القشاء والخريز حتى يرى فيه النضج كان بيع مالم يخرج من القشاء والخريز أحرم لأنه لم يبد صلاحه ولم يخلق ولا يدري لعله لا يكون... قال الشافعى: وقد نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه ، فلم أجزتم بيع شئ لم يخلق بعد ، ونهى رسول الله - ﷺ - عن بيع السنين ، وبيع السنين وقع الثمن أنه يجوز^(١) فى النخل إذا طابت العام أن تباع ثمرته قابلا. فقد خالفتم ما روى عن النبى - ﷺ - من الوجهين. وإن زعمتم أن بيع الثمرة لم تأت لايحل فكذلك كان ينبغى أن تقولوا فى القشاء والخريز...»^(٢).

ويقول الشافعى فى الأم: «وهذا عندي والله تعالى أعلم من الوجوه التى لم أكن أحب أحدا يغلط إلى مثلها. وقد نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها لنلا تصيبها العاهة فكيف لاينهى عن بيع مالم يخلق قط ، وما تأتى العاهة على شجره وعليه فى أول خروجه ، وهذا محرم. فكيف لايحل مبتدأ بيع القشاء والخريز حتى يبدو صلاحها كما لايحل بيع الثمر حتى يبدو صلاحه وقد ظهرا ورنيا ، ويحل بيع مالم ير منهما قط ولا يدري أيكون أم لا يكون ولا إن كان كيف يكون ولا كم يثبت؟ أيجوز أن

(١) «وقع الثمن أنه يجوز» هكذا ذكرت العبارة وهو خطأ. والصواب «وقع الاتفاق أنه لايجوز».

(٢) اختلاف مالك والشافعى مطبوع مع الأم ج٣ ص ٥٢ ، ٥٣ مجلد / ٢.

يشترى ثمر النخل قد بدأ صلاحه ثلاث سنين فيكون له ، فان كان لايجوز
إلا عند كل ثمرة وبعد أن يبدو صلاحها لم يجز في القشاء والخريز إلا ذلك ،
وليس حمل القشاء مرة يحل بيع حملة ثانية ولم يكن حملة بعد ، وحمل
النخل أولى أن لا يخلق في المواضع التي لاتعطش وأقرب من حمل القشاء
الذي إنما أصله بقله يأكلها الدود ويفسدها السموم والبرد فتأكلها الماشية
ويختلف حملها ولو جاز هذا جاز شراء أولاد الغنم وكل أنثى وكان إذا
اشترى ولد شاة قد رآه جاز أن يشتري ولدها ثانية ولم يره ، وهذا لايجوز.
أو رأيت إذا جنى القشاء أول مرة ألف قشاء ، وثانية خمسمائة ، وثالثة ألفا
ثم انقطع أصله كيف تقدر الجائحة فيما لم يخلق بعد؟ أعلى ثلث اجتنانه
مثل الأول ، أو أقل بكم ؟ أو أكبر بكم ؟ ...» (١).

وفي موطن آخر: «قلنا: لما نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع السنين
ونهى عن بيع الغرر ، ونهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه ، كان بيع ثمرة
لم تخلق بعد أولى في جميع هذا ... قال الشافعي: أخبرنا سفيان عن عمرو
عن جابر قال: نهيت ابن الزبير عن بيع النخل معاومة. قال الشافعي: فإذا
نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع النخل والتمر بلحا شديدا لم تر فيه صفة
لأن العاهة قد تأتي عليه كان بيع مال يرم منه شيء قط من قشاء أو خريز
أدخل في معنى الغرر ، وأولى أن لا يباع مما قد رأى فنهى النبي - ﷺ - عن
بيعه ، وكيف يحرم أن يباع قشاء أو خريز حين بدأ (٢) قبل أن يطيب منه
شيء ، وقد روى رجل (٣) أن يبتاع ولم يخلق قط؟ وكيف أشكل على أحد
أنه لا يكون بيع أبدا أولى بالغرر من هذا البيع؟ الطائر في السماء ، والعبد
الآبق ، والجمل الشارد ، أقرب من أن يكون الغرر فيه أضعف من هذا ،

(١) الأم ج ٢ ص ٤٩ ، ٥٠ مجلد ٢ باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار.

(٢) أي حين ظهر.

(٣) هو الامام مالك.

ولأن ذلك شيء قد خلق وقد يوجد ، وهذا لم يخلق بعد ، وقد يخلق فيكون غاية في الكثرة ، وغاية في القلة ، وفيما بين الغائتين منازل. أو رأيت إن أصابته الحانجة بأي شيء يقاس؟ أبأول حمله فقد يكون ثانية أكثر وثالثة ، فقد يختلف ويتباين فهذا عندنا محرم بمعنى السنة ، والأثر ، والقياس عليهما والمعقول. والذي يمكن من عيوبه أكثر مما حكيما وفيما حكيما كفاية إن شاء الله تعالى»^(١).

المطلب الثالث

حكم البيع في بطون متصلة تتميز

إذا كانت ثمار البطون متصلة ولكنها تتميز مثل النبق والجميز كما عند شراح خليل من المالكية. وكشجرة التين مطلقا كما يقول البعض. وقيل: تثمر بطونا في بعض البلاد فقط. قال أطفيش: وعلى كل حال فبطونها متميزة بخلاف الليمون والجميز^(٢) فبطونها لا تتميز. وفرض الكلام في هذه المسألة وجود البطن الثانية مع الأولى فلا يشترط فراغ البطن الأولى وبه قال الدسوقي المالكي ، ونازع فيه آخرون فقالوا: لا بد من انقراض البطن الأول وإلا كانت المسألة داخلة فيما لا تتميز بطونه كالياسمين وهي المسألة السابقة وعلى كل حال. فإذا كانت الثمرة كذلك فقد اختلف في حكم بيع البطن الثاني يبدو الصلاح في البطن الأول. والخلاف على قولين.

(١) الأم السابق ص ٦٥ ، ٦٦ باب وقت بيع الفاكهة ، وانظر مختصر الزنى ج ٨ ص ١١٨.

(٢) مع أن المالكية يذكرون الجميز فيما تتميز بطونه. ولعله أنواع فقد يوجد في بلد نوع لا تتميز بطونه ، وفي بلد آخر عكسه ومثال ما له بطون متصلة تتميز عند ابن رشد: القصيل، وقد حكى فيه روايتين عن الامام مالك. بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٨ ، تهذيب الفروق ج ٣ ص ٢٧٣ الفرق ١٩٣ ، وقد سبق نصه بهامش ص ٥٠٦ ، وسبأني ان شاء الله موقف الفقهاء من بيع القصيل والرطبة في المطلب الخامس.

القول الأول: لا يصح بيع بطن ثان بطيب بطن أول كما لا يجوز اشتراطها. وهو للجمهور وهو المشهور من مذهب المالكية.

القول الثاني: يجوز بيع بطن ثان بطيب بطن أول. وهو قول فى مذهب المالكية حكاه ابن رشد. ووجه عند الشافعية بناء على مقتضى كلامهم فى التأبير كما فى الشروانى والعبادى ، وقول للاباضية^(١).

أما دليل القول الأول: فهو ظاهر مما تقدم فى البطون التى لا تتميز ، ولانتفاء الضرورة عند من قال بها فيما لا يتميز.

وأما دليل القول الثانى: فهو مبنى على الحاق مالم يبد صلاحه بما بدا ، ومالم يؤثر بما أبر. ولعل من قال به من المالكية استند إلى رواية للامام مالك فى القصيل حيث أنه مما تتميز بطونه وفيه روايتان إحداهما: الجواز وضعفها ابن رشد. قال: «ففى الذى يتميز عنه وينفصل روايتان: إحداهما: الجواز والأخرى المنع ... وأما وجه الجواز فى القصيل فتشبيها له بما لا يتميز وهو ضعيف»^(٢).

وعلى كل فالقول الثانى ضعيف لا تقوم له حجة. ولذلك فالاباضية يقولون: «وغلّة كقرع وقشاء وباذنجان أقرب للجواز من كتين لاتصال بطونه»^(٣).

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ ص ١٧٧ ، ١٧٨ ، شرح الخرشى وحاشية العدوى ج٥ ص ١٨٥ ، ١٨٦ مجلد / ٣ ، حاشية الرمل على الأسنى ج٢ ص ١٠٩ وفيها عن النووي: «أن الشجرة تحمل فى السنة مرتين ، فإذا كان كذلك كان كل حمل مستقلا فلا سبيل إلى أن يتبع غيره» وسبأتى كلام فى الحملين عند مسألة ما إذا باع ثمرة وتركت على الشجر حتى حدثت ثمرة أخرى. وانظر. تحفة المحتاج وعليها حاشيتى الشروانى والعبادى ج٤ ص ٤٦٧ ، شرح النيل ج٨ ص ١٢٤ ، ١٢٥ ، الايضاح وحاشيته ج٥ ص ٦٧ ، ٦٨.

(٢) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣٨ ، وانظر نفس الكلام فى تهذيب الفروق ج٣ ص ٢٧٣ الفرق ١٩٣.

(٣) شرح النيل ج٨ ص ١٢٤ ، ١٢٥ ، الايضاح وحاشيته ج٥ ص ٦٧ ، ٦٨.

وللمالكية بعض تفصيل نذكره.

قال فى الشرح: « لا يباع بطن ثانى مما يطرح بطنين فأكثر قبل بدو صلاحه يبدو صلاح بطن أول فمن باع بطناً يبدو صلاحه ثم بعد انتهائه أراد أن يبيع البطن الثانى بعد وجوده وقبل بدو صلاحه يبدو صلاح الأول فان ذلك لا يكفى » ويعلق الدسوقى على قوله « ثم بعد انتهائه ... الخ » فيقول: أي فراغه ولا مفهوم له بل ولو كانت البطن الأولى لا تفرغ إلا بعد طيب الثانية فلا يجوز أن تباع البطن الثانية يبدو صلاح البطن الأول. والفرض أن البطون متميزة بعضها عن بعض كالنبق والجميز فان كلا منهما يطرح فى السنة مرتين مرة فى الشتاء ومرة فى الصيف فكل بطن متميزة عن الأخرى. أ. هـ. ومشى مع صاحب الشرح الكبير الحرشى والعدوى حيث قالوا بالانتهاء المذكور ، أي انقطاع البطن الأول رأساً بحيث أن البطن الثانى جاء بعد انقراض الأول وتميز عن الأول إذ لو تلاحقت البطون لكانت مما لا يتميز كالياسمين. وظاهر كلام ابن القاسم يوافق كلام الدسوقى كما قال ابن رشد.

وماتقدم كما قلنا: هو المشهور. وحكى ابن رشد قولاً بالجواز فيما يتميز بطونه بناء على أن البطن الثانى يتبع الأول فى الصلاح. وهذا الوجه يتفق مع احدى الروايتين عن مالك فى القصيل. وقد سبق ضعف الوجه فيها.

وعلى المشهور لا يجوز لمن اشترى الأولى اشتراط دخول البطن الثانية. واعترض بأنه يخالف ما ذكر فى القصيل من أنه يجوز اشتراط خلفه القصيل قبل وجودها عند شراء القصيل ، كما أنه يجوز شراؤها قبل وجودها بعد شراء القصيل.

والجواب كما فى العدوى والدسوقى: أن خلفه القصيل إنما تخلفت مما

بقى من التفصيل بخلاف البطن الثانية هنا^(١).

المطلب الرابع

حكم البيع والثمرة إذا اشتراها وتركها حتى حدثت ثمرة أخرى

أقول: الكلام فى هذه المسألة يتناول مالو كان الشراء قبل بدو
الصلاح على القطع أم بعد بدو الصلاح ولم يقطع.

وقد تكلم الفقهاء فى موضعين.

الموضع الأول: حكم البيع.

الموضع الثانى: حكم الثمرة.

مذهب الحنفية:

انه باستقراء نصوص المذهب الحنفى التى بين أيدينا رأينا لهم محل
اتفاق ، ومحل خلاف.

أما محل الاتفاق فهو فى الآتى:

١- يصح البيع إذا عرف الحادث من الموجود بأن تميزا ولم يختلطاً.
وحيث تكون الحادثة للبائع لأنها نماء ملكه.

٢- إذا حدثت الثمرة قبل القبض يعنى قبل تخلية البائع بين المشتري
وبين الثمرة ولم يعرف الحادث من الموجود ، وحلل البائع للمشتري الثمرة
الحادثة^(١) فالبيع أيضا صحيح. والثمرة كلها للمشتري.

(١) شرح الخرشي وحاشية العدوى ج ٥ ص ١٨٥ ، ١٨٦ مجلد ٣ ، الشرح الكبير وحاشية
الدسوقي ج ٢ ص ١٧٧ ، ١٧٨ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوى ج ٤ ص ٣١٣ ،
٣١٥ ، جواهر الاكلیل ج ٢ ص ٦٠ ، ٦١ .

(٢) وتحليل البائع للمشتري الثمرة الحادثة هو مخلص من عدة مخلصات ذكرتها كتب الحنفية
لتصحيح البيع على ظاهر المذهب إذا أراد المتبايعان إمضاء .

٣- إذا حدثت الثمرة بعد القبض يعنى بعد التخلية فالبيع صحيح حتى ولو اختلطت.

وأما محل الخلاف: فهو فيما لو حدثت قبل التخلية واختلطت فلم تعرف من الموجودة وقت العقد ولم يحلل البائع للمشتري الثمرة الحادثة.

وإليك نصا صريحا فى كل ما سبق. جاء فى مجمع الأنهر: «ولو أثمرت الشجرة ثمرا آخر بعد شراء الموجود قبل القبض بتخلية البائع بين المشتري وبين الثمرة فسد البيع إن لم يحلل له البائع لتعذر التسليم بسبب الاختلاط وعدم التمييز. هذا إذا لم يعرف الحادث من الموجود فإن عرف فالعقد صحيح على حاله ، وكذا إذا حلل له البائع كما فى الكافى. ولو أثمرت الشجرة ثمرا آخر بعد القبض أى بعد قبض المشتري المبيع بالتخلية فلا يفسد بالاختلاط ، ولكنهما يشتركان فيه لاختلاط ملك أحدهما بالآخر. والقول فى قدر الحادث للمشتري مع يمينه لكونه فى يده. وفى التبیین^(١) وكذا الباذنجان والبطيخ»^(٢).

وللعنفية فى محل الخلاف قولان.

القول الأول: البيع فاسد. وهو ظاهر المذهب ، وهو الأصح ، وصححه السرخسى.

القول الثانى: البيع صحيح ، وهو قول شمس الأئمة الحلوانى ، وأبى بكر بن الفضل البخارى. وزعم الحلوانى أنه مروى عن الأصحاب ، وذكر الكمال بن الهمام فى شرحه على الهداية أنه رأى رواية لمحمد بالجواز فى الورد يباع على شجره ، وهو مما تتلاحق ثماره ومال إليه كما مال إليه ونصره ابن عابدين فى حاشيته على النحو الذى ذكرناه فى حكم «بيع

(١) أي تبیین الحقائق للزيلعى.

(٢) مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٩ ، وانظر فى هذا بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٣.

المعدوم تبعا للموجود» وهل يشترط كون الموجود أكثر؟ خلاف الأصح عدم اشتراطه^(١).

(١) يقول الكاساني في ظاهر المذهب: «ولو أخرجت الشجرة في مدة الترك ثمرة أخرى فهي للبائع سواء كان الترك باذنه أو بغير إذنه لأنه نماء ملك البائع فيكون له ولو حللها له البائع جاز ، وإن اختلط الحادث بعد العقد بالموجود عنده حتى لا يعرف ينتظر. إن كان قبل التخلية بطل البيع ... وإن كان بعد التخلية لم يبطل ... فكان الكل مشتركا بينهما. والقول قول المشتري في المقدار ...» بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٣.

وفي شرح العناية ج ٥ ص ٤٩١: «ولو اشترى الشمار مطلقا عن القطع والترك على النخيل وتركها وأثمرت مدة الترك ثمرة أخرى فإن كان قبل القبض يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والشمار فسد البيع ... وإن كان بعد القبض لم يفسد البيع لأن التسليم قد وجد وحدث ملك البائع واختلط بملك المشتري فيشتركان فيه للاختلاط ، والقول في مقدار الزائد قول المشتري لأن المبيع في يده فكان الظاهر شاهدا له. هذا هو ظاهر المذهب. وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بجوازه ويزعم أنه مروى عن أصحابنا. وحكى عن الشيخ الامام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله أنه كان يفتي بجوازه ويقول: اجعل الموجود أصلا ، وما يحدث بعد ذلك تبعا ، ولهذا شرط أن يكون الخارج أكثر».

وأیضا يذكر الكمال قول الحلواني ومن وافقه ، والمخلص على ظاهر المذهب فيقول: «وكان الحلواني يفتي بجوازه في الكل وزعم أنه مروى عن أصحابنا ، وكذا حكى عن الامام الفضلي وكان يقول: الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تبع نقله شمس الأئمة عنه ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون أكثر بل قال عنه: أجعل الموجود أصلا في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا ، وقال: استحسّن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا ببيع ثمار الكروم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزاع الناس من عادتهم حرج. وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد رحمه الله وهو بيع الورد على الأشجار فإن الورد متلاحق ثم جوز البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك. والمخلص من هذه اللوازم الصعبة أن يشتري أصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث على ملكه ، وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ويستأجر الأرض مدة معلومة يعلم غاية الادراك وانقضاء الغرض فيها بباقي الثمن. وفي ثمار الأشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد فإن خاف أن يرجع بفعل كما قال الفقيه أبو الليث في الاذن في ترك الثمر على الشجر: وهو أن يأذن المشتري على أنه متى رجع عن الاذن كان مأذونا في الترك باذن جديده فيحله على مثل هذا الشرط». شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٢ ، وانظر الاختيار ج ٢ ص ٦ ، ٧ ، الهداية ج ٥ ص ٤٩٢ ، شرح الكفاية ج ٥ ص ٤٨٩ ، ٤٩٠ ، حاشية ابن عابدين والدر المختار ج ٤ ص ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢ ، مجمع الأنهر والدر المنتقى ج ٢ ص ١٧ ، ١٩ ، تبیین الحقائق ج ٤ ص ١٢ . (=)

الأدلة:

دليل القول الأول: استدلوا لظاهر المذهب في محل الخلاف بقولهم: «لأن المبيع صار معجوز التسليم بالاختلاط للجهالة وتعذر التمييز فأشبه العجز عن التسليم بالهلاك»^(١)، وعبارة الهداية: «لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز» قال في الفتح: «فأشبه هلاكه قبل التسليم»^(٢).

دليل القول الثاني: استدلوا بالاستحسان قالوا: «استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا ببيع ثمار الكروم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس من عادتهم حرج» ذكر ذلك ابن الهمام ثم قال: «وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد رحمه الله وهو بيع الورد على الأشجار فان الورد متلاحق ثم جوز البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك»^(٣).

ويقول ابن عابدين: «قلت: لكن لا يخفى تحقق الضرورة في زماننا ولا سيما في مثل دمشق الشام كثيرة الأشجار والثمار فانه لغلبة الجهل على الناس لا يمكن الزامهم بالتخلص باحدى الطرق المذكورة»^(٤) وإن أمكن ذلك بالنسبة إلى بعض أفراد الناس لا يمكن بالنسبة إلى عامتهم وفي نزاعهم عن

(=) راجع القول الثاني بتفصيل أكثر في المطلب الثاني «بيع المعلوم تبعاً للموجود» السابق ذكره في ص ٥١٤.

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٣.

(٢) الهداية وشرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٢، وانظر شرح العناية ج ٥ ص ٤٩١، الدر المنتقى ومجمع الأنهر ج ٢ ص ١٩، حاشية ابن عابدين والدر المختار ج ٤ ص ٤٠، ٤١، الاختيار ج ٢ ص ٧، تبين الحقائق ج ٤ ص ١٢.

(٣) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٢، وانظر مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٩، الاختيار ج ٢ ص ٧، ٦، شرح العناية ج ٥ ص ٤٩١، شرح الكفاية ج ٥ ص ٤٨٩، تبين الحقائق ج ٤ ص ١٢، الدر المنتقى ج ٢ ص ١٧.

(٤) وسنفرده لهذه الطرق مسألة مستقلة في المتفرقات، وكفيها هنا ما ذكرناه من تحليل البائع الحادثة للمشتري ليصح البيع. وما ذكر في بعض النصوص بهوامش سابقة.

عادتهم حرج كما علمت. ويلزم تحريم أكل الثمار في هذه البلدان إذ لا تباع إلا كذلك ، والنبي - - - إنما رخص في السلم للضرورة مع أنه بيع المعدوم فحيث تحققت الضرورة هنا أيضا أمكن إلحاقه بالسلم بطريق الدلالة فلم يكن مصادما للنص فلذا جعلوه من الاستحسان لأن القياس عدم الجواز. وظاهر كلام الفتح الميل إلى الجواز ، ولذا أورد له الرواية عن محمد ، بل تقدم أن الحلواني رواه عن أصحابنا وما ضاق الأمر إلا اتسع ، ولا يخفى أن هذا مسوغ للعدول عن ظاهر الرواية كما يعلم من رسالتنا المسماة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف»^(١).

أقول: وقد سبق مناقشة دليل القول الثاني هنا في مسألة بيع المعدوم تبعا للموجود في حكم ما يثمر بطونا لا تتميز. وانتهينا إلى ترجيح ظاهر الرواية .

حكم الثمرة على القول بالصحة في ظاهر المذهب ، ودليله:

تقدم أن ظاهر المذهب على صحة البيع إن حدثت ثمرة بعد التخلية. وحجة ذلك: «أن التخلية قبض وحكم البيع يتم ويتناهى بالقبض»^(٢).

أما عن حكم الثمرة. فهما شريكان فيها كلها «الموجودة والحادثة» يقول الكاساني: «والثمررة تكون بينهما لاختلاط ملك أحدهما بالآخر اختلاطا لا يمكن التمييز بينهما فكان الكل مشتركا بينهما»^(٣)، وفي الدر المنتقى: «ولو أثمر ثمرا آخر بعد القبض للمبيع يشتركان أي البائع والمشتري في الثمرة الموجودة والحادثة للاختلاط»^(٤).

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٠.

(٢) راجع ص ٥٢٥ من البحث.

(٣) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٣ ، وانظر شرح العناية ج ٥ ص ٤٩١.

(٤) بدائع الصنائع السابق.

(٥) الدر المنتقى ج ٢ ص ١٩ ، وانظر مجمع الأنهر مع الدر السابق، الاختيار ج ٢ ص ٧ (-).

من يصدق فى مقدار الحادثة؟ يقول الكاسانى: «والقول قول المشتري فى المقدار لأنه صاحب يد لوجود التخلية فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله»^(١). وعبرة الاختيار: «والقول للمشتري فى قدره لأنه فى يده وهو منكر»^(٢).

وهل يصدق مع يمينه؟ صرح ابن الهمام فى الفتح وكذلك جاء التصريح فى الدر المتقى ومجمع الأنهر بأنه يصدق مع يمينه^(٣).
مذهب المالكية:

لم أر للمالكية نصا صريحا فى هذه المسألة كغيرهم. لكن مما تقدم عندهم فى البطون غير المتصلة ، والبطون المتصلة التى لا تتميز ، والبطون المتصلة التى تتميز يمكن أن نقول: أنه إن كانت من البطون المتصلة التى لا تتميز كالقضاء فالبيع صحيح لأنهم يجيزون بيع المردوم فى هذا النوع تبعا للموجود.

أما إن كانت من البطون غير المتصلة ، أو المتصلة التى تتميز ، فإن المنوع عندهم فيها بيع البطن الثانى يبدو صلاح البطن الأول^(٤) وعليه فأنى أرى أنها ما دامت متميزة لا ينفسخ البيع ، ولكل ثمرته.

(٢) الهداية وشرح العناية وشرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩١ ، ٤٩٢ ، تبين الحقائق ج ٤ ص ١٢ ، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٠ ، ٤١.

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٣.

(٢) الاختيار ج ٢ ص ٧ ، وانظر الهداية ج ٥ ص ٤٩٢ ، وشرح العناية ج ٥ ص ٤٩١.

(٣) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٢ ، مجمع الزهر الدر المتقى ج ٢ ص ١٩. ولاحظ مذهب الحنفية برمته فى نصوص سابقة.

(٤) راجع من هذا المبحث قول المالكية فى المطلب الأول ، والثانى ، والثالث ص ٥٠٧ وما بعدها.

مذهب الشافعية:

توضيح:

أ- فقهاء الشافعية عند تناولهم حكم بيع الثمار على رؤوس أشجارها والزرع في أرضها مفردة بعد بدو الصلاح ، تراهم يشترطون لصحة البيع أن يكون الثمر أو الزرع مما لا يغلب تلاحقه واختلاطه فيدخل فيه المساوى ، والمشكوك فيه ، والمجهول حاله . فهذا النوع يجوز بيعه على شرط القطع ، ومطلقا والاطلاق محمول على التبقية إلى أوان الجذاذ أو الحصاد ، أو على شرط التبقية ، والابقاء يكون حسب العادة وهو أوان الجذاذ ، والحصاد كما فى الاطلاق.

فان كان الثمر أو الزرع مما يغلب تلاحقه واختلاطه يقينا أو ظنا كما فى التحفة وقلوبى. مثل التين ، وقيل: الموز ، ومثل المقائى كالبطيخ والبادنجان ، والقرع ونحو ذلك فان هذا النوع لايجوز بيعه إلا بشرط القطع لانتفاء القدرة على التسليم بالاختلاط.

ب- يلاحظ أن البعض من شراح المنهاج يعبر عن الثمرة التى لا يغلب تلاحقها بقوله: « يندر تلاحقها » إلا أن قلوبى لم يرتضه لمن عبّر به لأنه لا يدخل فيه المساوى ، والمشكوك فيه ، والمجهول حاله ، مع أنه أيضا يجوز بيعه على الاطلاق وبشرط التبقية . ومن ثم فانه عند قول جلال المحلى فى حكم بيعه: « ويصح فيما يندر تلاحقه » قال قلوبى: « الأولى فيما لا يغلب ليدخل المساوى والمشكوك فيه والمجهول حاله ».

ومع أن ابن حجر فى التحفة ذكرها كلها : « ولو بيع ثمر أو زرع بعد بدو الصلاح وهو مما يندر اختلاطه أو يتساوى فيه الأمران أو يجهل حاله صح بشرط القطع والابقاء مع الاطلاق ... » . إلا أن الشروانى والعبادى قالوا فى عبارة « مما يندر اختلاطه ... الخ »: أى فالغالب عدم اختلاطه.

ج- البعض أطلق فى العبارة حيث لم يفرق فى بيان حكم المسألة بين ما قبل بدو الصلاح ، وما بعده . كالشبرازى فى المذهب ، والمتولى فى التتمة ، والشاشى فى الحلية . والعمرانى فى البيان ، بينما البعض الآخر جاءت عبارته مقيدة بما بعد بدو الصلاح كما فى شرح المحلى والتحفة . مع أن الحكم واحد فيهما . إذ أن فرض المسألة أنه اشترى الثمرة البارزة قبل بدو صلاحها بشرط القطع إذ لا يصح بيعها إلا بهذا الشرط - لكنه لم يقطع إما للتراضى مع البائع أو بدونه فحدثت ثمرة أخرى . أو اشترى بعد بدو الصلاح مطلقا وقبل أن يقطع حدثت ثمرة أخرى للبائع فى الأصول .

ولعل من قيد بدو الصلاح سببه كما قال قليوبى : « لأن ما قبل البدو ، لا يحتاج شرط القطع فيه إلى غلبة التلاحق لأنه يجب فيه القطع من وقت العقد عملا بالشرط » .

د- اختلاط الثمار المبيعة من العوارض فى بيع الثمار على رؤوس أشجارها والزررع فى أرضها . يقول النووي فى الروضة^(١) : « فرع من العوارض ، اختلاط الثمار المبيعة بغيرها لتلاحقها » .

أقول : هذه الايضاحات تجدها فى نصوص الشافعية الكثيرة والمختلفة العبارة نذكر منها الآتى :

فى شرح المحلى على المنهاج : « ولو بيع ثمر أو زرع^(٢) بعد بدو الصلاح^(٣) يغلب تلاحقه واختلاط حادثه بالموجود^(٤) كتين وقشاء ويطبخ لم

(١) الروضة ج ٢ ص ٢٢١ .

(٢) قال قليوبى : أى استقلالا ، لا مع أصلها .

(٣) قال قليوبى : هذا أولى من قول المنهج : ولو بعد بدو الصلاح ... الخ . لأن ما قبل البدو ، لا يحتاج شرط القطع فيه إلى غلبة التلاحق لأنه يجب فيه القطع من وقت العقد عملا بالشرط .

(٤) قال قليوبى : بقينا أو ظنا .

يصح البيع^(١) إلا أن يشترط المشتري قطع ثمره أو زرعه عند خوف الاختلاط فيصح البيع حينئذ. ويصح فيما يندر تلاحقه^(٢) البيع مطلقا وبشرط القطع والتبعية ، فان لم يتفق القطع في الأول^(٣) حتى اختلط فهو كالاختلاط في الثاني^(٤)»^(٥).

وفي التحفة على المنهاج: «ولو بيع ثمر أو زرع بعد بدو الصلاح^(٦) وهو مما يندر إختلاطه أو يتساوى فيه الأمران أو يجهل حاله^(٧) صح بشرط القطع والابقاء مع الإطلاق. أو مما يغلب تلاحقه^(٨) واختلاط حادثه بالموجود بحيث لا يتميزان كتين وقشاء وبطيخ لم يصح^(٩) إلا أن يشترط المشتري يعني أحد العاقلين ويوافقه الآخر قطع ثمره أو زرعه عند خوف الاختلاط فيصح البيع حينئذ لزوال المحذور»^(١٠).

ومما يدل على وحدة الحكم في مسألتنا دون فرق ما بين بعد بدو الصلاح وقبله ما في الشامل: «وإن اشتراه قبل بدو الصلاح بشرط القطع وتركه ولم يقطعه ، أو كان ذلك بعد بدو الصلاح فخرجت ثمرة أخرى من الأصول فأنها للبائع فان تميزت فلا كلام ، وإن اختلطت ففيها قولان ...»^(١١) وفي موطن آخر: «إذا باع ثمرة بارزة قبل بدو صلاحها بشرط

(١) قال عميرة: أي لانتفاء القدرة على التسليم.

(٢) قال قليوبي: الأولى فيما لا يغلب ليدخل المساوى ، والمشكوك فيه ، والمجهول حاله.

(٣) أي فيما يغلب اختلاطه.

(٤) أي فيما يندر اختلاطه.

(٥) شرح جلال المحلي وحاشيتي قليوبي وعميرة ج٢ ص ٢٣٧.

(٦) قال الشرواني: أما قبل بدو الصلاح فقد مر أنه لا يصح إلا بشرط القطع مطلقا.

(٧) أي فالغالب عدم اختلاطه. الشرواني ، والعبادي.

(٨) أي يقينا. الشرواني.

(٩) أي لانتفاء القدرة على التسليم. الشرواني.

(١٠) تحفة المحتاج وحاشيتي الشرواني والعبادي ج٤ ص ٤٦٩ ، ٤٧٠.

(١١) الشامل ص ٢٩٥.

القطع أو بعد بدو صلاحها مطلقا فقبل أن يقطعها حدثت ثمرة أخرى للبائع في الأصول نظرت ...»^(١).

وفي التتمة: «إذا اشترى ثمرة بعد بدو الصلاح فيها مطلقا ، أو شرط التبقية فحدثت ثمرة أخرى ، واختلط به ، فانما يتصور ذلك في شجرة التين ففي بطلان العقد على ما سبق ذكره من القولين في اختلاط المبيع بغير المبيع قبل القبض ، وهكذا الحكم لو اشتراها قبل بدو الصلاح وتأخر القطع حتى حدثت غيرها»^(٢).

وفي الروضة: «وإن باع الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط القطع فلم يتفق القطع حتى اختلطت جرى القولان في الانفساخ ...»^(٣).

هـ- أصحاب الإمام الشافعي رحمه الله ورحمهم في تقريرهم للمسألة على اتجاهين.

الاتجاه الأول: لا يفرق بين ما إذا حدثت الثمرة قبل التخلية - وهي وسيلة القبض في الثمار علي الأشجار ، والزروع في الأرض - أو بعدها. وهي طريقة الشيرازي في المذهب ، والمتولى في التتمة ، والشاشي في الحلبة ، والعمراني في البيان ، والماوردي في الحاوي. أما ابن الصباغ في الشامل ففي موضع يفرق ، وفي موضع لم يفرق^(٤).

(١) المصدر السابق ص ٢٥٥.

(٢) تنمة الاهانة ج٤ ورقة ١٦٤.

(٣) روضة الطالبين ج٣ ص ٢٢١ ، وانظر فيما ذكرنا أيضا. روضة الطالبين ج٣ ص ٢١٣ ، ٢٢١ ، أسنى المطالب وحاشية الرمل ج٢ ص ١٠٥ ، ١٠٨ ، ١٠٩ ، الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٠٧ ، مختصر المزن ج٨ ص ١١٦ ، ١١٧ ، الأم ج٣ ص ٤٤ ، ٦٨ ، ٦٥ ، مجلد ٢ ، البيان ص ١٦٢ ، تنمة الاهانة ج٤ ورقة ١٦٤ ، حاشية الباجوري ج١ ص ٣٥١.

(٤) أنظر. المذهب ج١ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ ، تنمة الاهانة ج٤ ورقة ١٦٤ ، ١٦٥ ، حلبة العلماء ج٢ ص ٥٥١ ، البيان ص ١٦٢ ، ١٦٣ ، الشامل ص ٢٥٥ وما بعدها ، ٢٦٣ ، ولاحظ تكملة المجموع ج١١ ص ٤٧٠ ، الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٠٦ ، ٢٠٧.

الاتجاه الثانى: يفرق بين ما قبل التخلية ، وما بعدها . وهى طريقة النووي فى المنهاج والروضة ، والشيخ زكريا فى الأسنى ، وجلال المحلى فى شرحه على المنهاج ، وابن حجر فى التحفة على المنهاج . وهذه الطريقة هى للمزنى ، وغلطها العمرانى فى البيان ، ووصفها المتولى فى التتمة بعدم الصحة^(١) وعلى كل حال فهذه الطريقة من حيث الجملة تتفق وظاهر مذهب الحنفية ، وقد مرّ .

والطريقة الأولى هى طريقة الجمهور الذى جعل فى حكم البيع عند حدوث الزيادة قولين .

أما الطريقة الثانية فهى طريقة من جعل المسألة على قول واحد ، هو القطع بعدم فسخ البيع إن حدثت الزيادة بعد التخلية .

أقول: هذا هو توضيح المسألة بعد حيرة مع اختلاف العبارات وطريقة تناول المسألة عند شراح المذهب .

والآن ننتقل إلى بيان الحكم تأسيسا على ما أوضحناه فنقول: إنه إن اشترى ثمرا أو زرعاً يغلب اختلاطه ، أو لا يغلب اختلاطه^(٢) قبل بدو الصلاح بشرط القطع ، واتفق عدم القطع إما بالتراضى أو بدونه ، أو بعد بدو الصلاح مطلقا واتفق عدم القطع أيضا حتى حدثت ثمرة أخرى واختلطت فما حكم البيع والثمرة؟ .

أقول: للشافعية محل اتفاق ، ومحل خلاف .

(١) روضة الطالبين ج٢ ص ٢٢١ ، أسنى الطالب ج٢ ص ١٠٨ ، ١٠٩ ، شرح جلال المحلى ج٢ ص ٢٣٧ ، تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٩ ، ٤٧٠ ، وانظر فى قول المزنى البيان ص ١٦٢ ، وتنمية الابانة ج٤ ورقة ١٦٤ ، ١٦٥ .

(٢) وقد سبق عن شرح المحلى قوله: «... فان لم يتفق القطع فى الأول حتى اختلط فهو كالاختلاط فى الثانى» ويعنى بالأول: أي فيما يغلب اختلاطه ، ويعنى بالثانى: أي فيما بندر اختلاطه راجع نصه فى الايضاحات السابق ذكرها .

أما محل الاتفاق: فإنه إن تميزت هذه الثمرة من هذه بكبر ، أو صغر أو لون ، أو بغير ذلك فإن البيع لا يفسخ ، وللمشتري الثمرة الأولى التي وقع عليها البيع ، والثانية للبائع وهو صاحب الأصول ، وفي هذا يتفق الشافعية مع الحنفية.

يقول في الشامل: «إذا باع ثمرة بارزة قبل بدو صلاحها بشرط القطع أو بعد بدو صلاحها مطلقا فقبل أن يقطعها حدثت ثمرة أخرى للبائع في الأصول نظرت فإن تميزت هذه الثمرة من هذه فإن كانت الأولى كبيرة ، والأخرى صغيرة أو بغير ذلك فالبيع بحاله ، وللمشتري الثمرة الأولى ، والثانية لصاحب الأصول»^(١).

ويقول الماوردي: «وصورتها: في رجل باع ثمرة شجر أو بطيخ مزاح ، أو حمل بالذئبان فلم يأخذه المشتري من شجره ، ولالقط البطيخ من مزاحه حتى حدثت ثمرة أخرى. فالحادثة ملك البائع لا يملكها المشتري. فإن كانت الحادثة تتميز عن الأولى بلون أو صفر أو نضج ، أخذ المشتري الثمرة المتقدمة ، وأخذ البائع الثمرة الحادثة وليس بينهما نزاع»^(٢).

ويقول ابن الصباغ: «إذا كان في الأرض أصول البطيخ أو القشاء أو الخيار والباذنجان وقد حملت نظرت .. فإن باع الثمرة دون الأصول ... وإن اشتراه قبل بدو الصلاح بشرط القطع وتركه ولم يقطعه أو كان ذلك بعد بدو الصلاح فخرجت ثمرة أخرى من الأصول فإنها للبائع ، فإن تميزت فلا كلام»^(٣).

(١) الشامل ص ٢٥٥ ، ٢٥٧ ، وانظر مختصر المزني ج ٨ ص ١١٦ ، ١١٧ ، والأم ج ٣ ص ٤٤ ، ٦٨ .

(٢) الحارثي الكبير ج ٦ ص ٢٠٧ .

(٣) الشامل ص ٢٩٥ .

ويقول النووي: «فأما الاختلاط الذي يبقى معه التمييز فلا اعتبار به»^(١).

ويقول العمراني: «إذا اشترى ثمرة على الشجرة فلم يأخذها حتى حدثت أخرى ، وهذا يتصور في التين. فإن تميزت أحدهما عن الأخرى بصغر أو كبر أو لون: فإن الثمرة الأولى للمشتري والثانية للبائع»^(٢).

وأما محل الخلاف فهو في ثمار اختلطت ولم تتميز بنحو ما ذكرناه. وهذه الحالة قد أشرنا سابقا أن لأصحاب الشافعي رضى الله عنه وعنهم اتجاهين. اتجاه يفرق بين ما قبل التخلية وما بعدها. واتجاه لا يفرق.

أولا

حكم البيع والثمرة عند القائلين بالتفرقة

أ- إذا كانت الثمرة قد اختلطت قبل التخلية بين المشتري وبين ثمره وزرعه الذي اشتراه. ففي حكم البيع قولان.

القول الأول: أن البيع لا يفسخ. وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة، والمنهاج وشرح المعلى والتحفة. ولم يذكر صاحب الأسنى غيره وهو اختيار المزنى كما في الشامل^(٣).

القول الثانى: أن البيع يفسخ. قال الشيرازى فى المذهب: وهو

(١) روضة الطالبين ج٣ ص ٢٢١.

(٢) البيان ص ١٦٢ ، وانظر. أسنى المطالب وحاشية الرملى ج٢ ص ١٠٨ ، ١٠٩.

(٣) فى الروضة ج٣ ص ٢٢١: «ثم ان حصل الاختلاط فله حالان. أحدهما: أن يحصل قبل التخلية فقولان. أحدهما: يفسخ البيع لتعذر التسليم قبل القبض ، وأظهرهما: لا ، لبقا. عين المبيع» وانظر. شرح المعلى ج٢ ص ٢٣٧ ، تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٩ ، أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٨ ، الشامل ص ٢٥٦.

الصحيح. وقال الشاشي في الحلية أنه أصح القولين^(١) وصححه النووي في شرح الوسيط ، وأطال جمع متأخرون في أنه المذهب^(٢) قال عميرة: والثاني: ينفسخ صححه الشيخ أبو اسحاق والقاضي أبو الطيب والغزالي ، والشاشي، وابن أبي عصرون ، وغيرهم ، وكذا المصنف في نكت الوسيط. قال الأسنوي: ولم ينقل الرافعي ترجيح الأول سوى عن الوجيز ثم صرح برجحانه في كتبه فتبعه النووي رحمه الله^(٣) وهو قول الشافعي في الأم والاملاء^(٤) وقال الماوردي: القولان منصوبان^(٥).

الأدلة:

دليل القول الأول: استدلوا للأظهر فقالوا: لا ينفسخ البيع لبقاء عين المبيع وتسليمه ممكن^(٦). وقالوا أيضا: لا ينفسخ لأن المبيع باق وإنما انضاف

(١) في المذهب ج١ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ . «وإذا اشترى ثمرة على الشجر فلم يأخذ حتى حدثت ثمرة أخرى واختلط ولم تتميز ... ففيه قولان. أحدهما: ينفسخ البيع وهو الصحيح ...»

وفي الحلية ج٢ ص ٥٥١ «فإذا اشترى ثمرة على شجرة فلم يأخذها حتى حدثت ثمرة أخرى واختلط بالأول ولم يتميز ... ففيه قولان. أحدهما أن البيع ينفسخ. والثاني: لا ينفسخ».

وبلاحظ أن الشيرازي ، والشاشي لم يفرقا بين ما قبل التخلية وبعدها.

(٢) تحفة المحتاج وحاشية الشرواني ج٤ ص ٤٦٩.

(٣) حاشية عميرة على شرح المحلى ج٢ ص ٢٣٧.

(٤) في الشامل ص ٢٥٦: «فإن اختلطت فلم تتميز أو لم يتميز بعضها وذلك يتصور في التين وغيره ففيه قولان. أحدهما: أن البيع ينفسخ بذلك قاله في الأم والاملاء. والثاني: لا ينفسخ».

وانظر. الأم ج٣ ص ٢٨ مجلد / ٢.

(٥) في الحاوي ج٦ ص ٢٠٦ ، ٢٠٧: «وإن كانت الحادثة لا تتميز عن الأولى فقد صار البيع مختلطاً بغيره ففي البيع قولان منصوبان. أحدهما أن البيع باطل ... والقول الثاني: أن البيع لا يبطل ...».

وانظر. الأم ج٣ ص ٤٤ ، ٦٥ ، ٦٨ مجلد / ٢ ، وانظر في القولين البيان ص ١٦٢.

(٦) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٩ ، أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٨ ، روضة الطالبين ج٣ ص ٢٢١ ، وإمكان التسليم يحصل بسماحة البائع بالحادثة وسيأتي.

إليه زيادة فصار كما لو باع عبدا فسمن أو شجرة فكبرت^(١) أي قياسا على الزيادة المتصلة. وعبرة الشامل «ووجه هذا أن المبيع زاد ، وذلك لا يوجب بطلان العقد كما لو كان شجرة فطالت أو ثمرة فبلغت»^(٢).

وعبرة البيان: «... لأن المبيع باق وإنما انضاف إليه مالا يتميز منه فلم يفسخ العقد كما لو اشترى عبدا صغيرا فكبر ، أو هزىلا فسمن»^(٣).

المناقشة: نوقش القول بعدم الانفساخ بالآتى:

١- قد ذكرتم فى باب الغصب أن الخلط بما لا يتميز يكون هلاكا ، فهلا كان هلاكا فى البيع حتى يفسخ العقد؟ أوجب من وجهين

أحدهما: أن الغاصب لما تعدى بالغصب غلظ عليه بانتقال الحق إلى ذمته لأن الثبوت فى الذمة أكد لحق المالك الثانى.

الثانى: أن فى ابطال البيع ضررا بالبائع والمشتري جميعا ، وإبطال العقود لا يصار إليه إلا عند الضرورة ، ولا ضرورة ها هنا^(٤).

٢- القياس على الزيادة المتصلة قباس مع الفارق. يقول فى الشامل: «وفارق ما ذكره^(٥) لأن تلك الزيادة فى المبيع منه ، وهذه عين أخرى لا يلزمه قبولها كما لو باع ثوبا فاختلط بثوب آخر فسلم إليه الثوبين ، يلزمه قبولها ، يدل هذا على أن البائع لا يجبر على تسليمها ، وتلك الزيادة يجبر على تسليمها»^(٦).

(١) المهذب ج١ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ ، وانظر. الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

(٢) الشامل ص ٢٥٧ .

(٣) البيان ص ١٦٢ ، وانظر. تنمة الابانة ج٤ ورقة ١٦٤ ، ١٦٢ .

(٤) حاشية الرمل على الأسنى ج٢ ص ١٠٦ .

(٥) أي المزنئ .

(٦) الشامل ص ٢٥٧ .

دليل القول الثانى: استدلو على انفساخ البيع بالاختلاط قبل التخلية. بأن تسليم المبيع أصبح متعذرا كتلف المبيع قبل القبض. ففى شرح المحلى: «والثانى يفسخ لتعذر تسليم المبيع»^(١).

ويقول الماوردي: «... أحدهما: أن البيع باطل لأن المبيع قد اختلط بما لا يتميز عنه قبل استقرار القبض فأوقع ذلك جهالة فى البيع فأبطله ، ولا يلزم المشتري أن يستحدث هبة مالم يتناوله العقد ليصح له العقد»^(٢).

وفى الشامل: «ووجه الأول»^(٣): أن التسليم تعذر فوجب انفساخ العقد كما لو تلف المبيع قبل القبض»^(٤).

وعبارة الروضة: «... فقولان. أحدهما: يفسخ البيع لتعذر التسليم قبل القبض»^(٥) وعبارة البيان: «وإن اختلطا ولم يتميز بعضها عن بعض ففيه قولان. أحدهما: أن البيع يفسخ. لأنه قد تعذر القبض المستحق فانفسخ البيع كما لو اشترى عبدا فمات قبل القبض»^(٦).

المناقشة:

نوقش بأن زعم تعذر التسليم ممنوع وإن صححه البعض. ذلك بأن التسليم ممكن بطريق المسامحة من البائع إما بهبة أو إعراض عنها والإعراض يملك به أيضا هنا كالهبة^(٧).

(١) شرح جلال المحلى ج٢ ص ٢٣٧ ، وانظر. تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٩ .

(٢) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٠٦ .

(٣) هذا على حسب ترتيب الشامل فقد ذكر عدم الانفساخ فى القول الأول .

(٤) الشامل ص ٢٥٧ .

(٥) روضة الطالبين ج٣ ص ٢٢١ ، وانظر. تنمة الاهانة ج٤ ورقة ١٦٤ .

(٦) البيان ص ١٦٤ ، وانظر. المذهب ج١ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ .

(٧) تحفة المحتاج وحاشية الشروانى ج٤ ص ٤٦٩ .

وأجيب: بأن البائع لا يلزمه تسليم ما اختلط به من ماله. فان رضى البائع بتسليم ماله لم يلزم المشتري قبوله ، فيتعذر تسليم المستحق بالعقد ، واذا تعذر تسليم المعقود عليه بطل العقد كما لو تلف المبيع^(١).

ثبوت الخيار للمشتري على القول بعدم الانفساخ:

إذا اختلطت الثمرة قبل التخلية ففي حكم البيع قولان كما تقدم. فان قلنا ينفسخ فلا كلام. وإن قلنا: لا ينفسخ ففي ثبوت الخيار للمشتري قولان. الأصح منهما ثبوت الخيار للمشتري. والثاني لا خيار للمشتري والاختلاط قبل القبض «التخلية» فهو بعده في عدم ثبوت الخيار.

يقول النووي: «... وأظهرهما لا ينفسخ لبقاء عين المبيع ، فعلى هذا يثبت للمشتري الخيار وفي قول ضعيف: لا خيار ، والاختلاط قبل القبض فهو بعده»^(٢).

وتخيير المشتري هو الأصح كما في النهاية^(٣). ومقتضى الخيار أن الثمرة للمشتري^(٤).

(١) المهذب ج١ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ ، وانظر الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

(٢) روضة الطالبين ج٣ ص ٢٢١ ، لكن يلاحظ أن الاتجاه الذي فرق اتفاق أصحابه على ثبوت الخيار قبل التخلية دون ما بعدها. أما الاتجاه الذي لم يفرق فهو الذي لم يثبت الخيار مطلقا. فكلام الشيخ يعني هذا ، ولا يعني أن الاتجاه الذي فرق اختلاف أصحابه في ثبوت الخيار قبل التخلية ، أو اختلفوا في نفيه بعد التخلية .

(٣) حاشية الشرواني ج٤ ص ٤٧٠ .

(٤) قال الرملى معلقا على قول الأسنى «هل يثبت له الخيار»: قال الناشري: ذكر بعض المعلقين على الروضة على هذه المسألة أنه تقدم في آخر اللفظ الخامس: أنه إذا باع شجرة وعليها ثمرة مؤبرة أن الثمرة تبقى للبائع ، وإن ما يحدث من الطلع يتبع المؤبر ليكون للبائع فكيف هذه الصورة. فأجاب والدي بأن ما تقدم المؤبر منه ومالم يطلع يعد حملا واحدا. وهنا شرط الشيخ -النووي- أن الشجرة تحمل في السنة مرتين ، فإذا كان كذلك كان كل حمل مستقلا فلا سبيل إلى أن يتبع غيره» حاشية الرملى على الأسنى ج٢ ص ١٠٩ .

وإنما يثبت الخيار للمشتري لأنه كعيب حدث. قال الشرواني: ومن هذا التعليل يؤخذ اعتماد مادل عليه كلام الرافعي أنه خيار عيب^(١) وأيضاً فإن الخيار يثبت للمشتري لأن الاختلاط أعظم ضرراً من إباق العبد ، كذا علل الرافعي وقضيته التحاقه بالعيوب^(٢). ومعنى الخيار للمشتري: أنه يتخير بين الفسخ والاجازة^(٣) وهل الخيار على الفور أم على التراخي؟ وجهان في المذهب.

المعتمد فيهما أن المشتري يتخير فوراً ابتداءً ولا يتوقف على مراجعة البائع ولا على حاكم لأنه خيار عيب لنقص القيمة بالاختلاط حتي لو بادر بالفسخ نفذ. هذا هو قضية كلام الرافعي عندما علل لثبوت الخيار في مسئلتنا بأن اختلاط الثمار أعظم ضرراً من إباق العبد ، وإذا كان الاختلاط عيباً تعينت الفورية.

ومقابل المعتمد: أن الخيار على التراخي ويتوقف على الحاكم لأنه لقطع النزاع لا للعيب: «يؤخذ اعتماد مادل عليه كلام الرافعي أنه خيار عيب فيكون فوراً ولا يتوقف على حاكم لصدق حد العيب عليه فإنه بالاختلاط صار ناقص القيمة لعدم الرغبة فيه حينئذ. وقال كثيرون على التراخي ويتوقف على الحاكم لأنه لقطع النزاع لا للعيب»^(٤).

وفي الأسنى وحاشيته الخلاف السابق ، واختار في الأسنى أنه خيار عيب فيكون فوراً. فللمشتري المبادرة بالفسخ هذا هو احتمال كلام الأصل ،

(١) تحفة المحتاج وحاشية الشرواني ج٤ ص ٤٦٩.

(٢) حاشية عميرة ج٢ ص ٢٣٧ ، أسنى الطالب ج٢ ص ١٠٩.

(٣) شرح المحلى ج٢ ص ٢٣٧.

(٤) تحفة المحتاج وحاشية الشرواني ج٤ ص ٤٦٩ ، وانظر. شرح جلال المحلى وحاشيتي

قليوبي وعميرة ج٢ ص ٢٣٧ ، وفي الحاوي ج٦ ص ٢٠٦: «إن شع البائع بها وأقاما على الاختلاف والتنازع فيها ، فسخ الحاكم البيع بينهما» . فالماوردي يرى اختصاص الفسخ بالحاكم.

وفى الارشاد الاشارة إلى تصحيحه. لكن قضية كلام التنبيه: أنه ليس له المبادرة لذلك إلا بعد مشاورة البائع ، وهو ما حكاه فى المطلب عن نص الامام الشافعى والأصحاب ورجعه السبكي. وتعبير الروض يحتملها بمعنى أنه يثبت له الخيار إن سأل البائع ليسمح له فلم يسمح. قال فى المهمات: ومعنى ثبوت الخيار له أنه يرفع الأمر إلى الحاكم ويكون الحاكم هو الذي يفسخ كما صرح به جماعة منهم القاضى أبو الطيب ، والماوردي ، ونقله ابن الرفعة عنهما ، وهو متجه لأنه لقطع النزاع لا للعب ، وكلام الرافعى يوهم خلافه ، ويؤخذ من كونه لقطع النزاع أنه ليس فوراً كالفسخ بعد التحالف. أ.هـ. المهمات.

وقول المهمات مردود بأن ما نقله فيها مفرع على أن الحاكم فى باب التحالف هو الذي يفسخ ، أما على المذهب فلا يفسخ إلا المشتري كما قال الرافعى.

وقضية الخلاف فى باب التحالف: أن لا ينحصر الفسخ ههنا فى المشتري كتنظيره هناك ومال إليه الزركشى ، وله نظيره فيما لو اشترى حلي ذهب بوزنه ذهباً فبان معيباً.

قال ابن العماد: إن ما ذكره الرافعى فرعه على المذهب المعتمد.

والأوجه عند الشيخ زكريا ما قاله الرافعى. ، يقول الشيخ زكريا: «ولانسلم أن ما ذكره ليس عيباً بل هو عيب لصدق تفريعه عليه ولا دخل للحاكم فى الرد به بخلافه فى باب التحالف الذي لا يكون إلا عنده ، وعلى هذا فالخيار على الفور»^(١).

وقضية كلام النووي فى المنهاج كأصله والروضة وأصلها. تخيير المشتري أو لا حتى تجوز له المبادرة بالفسخ. فان بادر البائع وسمع سقط

خياره. قال الهيتمي: قال في المطلب: وهو مخالف لنص الشافعي والأصحاب على أن الخيار للبائع أولاً ، ورجحه السبكي وغيره. قال الشرواني في خيار البائع: أي فان سمح بحقه أقر العقد ، وإلا فسخ كما في النهاية.

ووجه الخيار أولاً للبائع كما في التحفة: أن الخيار مناف لوضع العقد فحيث أمكن الاستغناء عنه لم يصر إليه ووجبت مشاوره البائع أولاً لعله يسمح فيستمر العقد^(١).

وهذا هو الراجح من وجهة النظر.

وعلى القول بأن الخيار يثبت للمشتري أولاً على الفور. فانه يثبت له إن لم يسمح له البائع بالثمرة الحادثة فان سمح له بها هبة ، أو إعراضاً عنها فلا خيار له لزوال المحذور. قال في شرح الارشاد: ويملكها بالاعراض كما في الاعراض عن السناهل.

فان قيل: أنه لم يملك النعل بالاعراض عنها فهلا كان هناك كذلك^(٢)؟

والجواب: أن عود النعل إلى البائع متوقع ولا سبيل هنا أي في مسألة الاختلاط إلى تمييز حق المشتري^(٣). فالمسامحة من البائع لا يشترط فيها لفظ الهبة. وإنما تكون بما يعرف بتمليك الإعراض ، وهو جائز هنا لتعذر التمييز وبهذا فارق نعل الدابة والحجارة^(٤).

(١) تحفة المحتاج وحاشية الشرواني ج٤ ص ٤٦٩ ، ٤٧٠ ، وانظر. الشامل ص ٢٩٥.

(٢) المقصود هو نعل الدابة. وصورته: أن يشترطاً عدم دخولها في البيع ، أو يحدث بعد العقد وقبل القبض. حاشية الرملي ج٢ ص ١٠٩ ، أي لو أعرض البائع عن النعل التي لا تدخل في البيع لم يملكها المشتري لتوقع عودها. حاشية الشرواني ج٤ ص ٤٦٩.

(٣) أسنى المطالب وحاشية الرملي ج٢ ص ١٠٩.

(٤) حاشية قليوبي ج٢ ص ٢٣٧.

فان قيل: كيف تصح الهبة ، والموهوب هنا مجهول؟ فالجواب أنه اغتفر الجهل للضرورة^(١).

وفى التحفة: «فان سمح -بفتح الميم- له البائع بما حدث بهبة أو إعراض ويملك به أيضا كالهبة بخلافه عن النعل لتوقع عودها للبائع وإن طالب المدة»^(٢).

قال الشرواني: «وأغفرت الجهالة بالموهوب للحاجة كما قيل بنظيره فى اختلاط حمام البرجين. أي ويملك المشتري بسبب الاعراض ما أعرض عنه البائع. زاد الحلبي: من غير صيغة فليس له الرجوع فيه»^(٣).

وحاصل الفرق بين مسألة الاختلاط ومسألة النعل: أن الاختلاط هنا لما كان مانعا من وقوع عوده حسا إلى يد البائع ضعف معه الملك فزال بالاعراض، وأن النعل لما توقع عودها حسا إلى يد البائع لم يزل الملك عنه بمجرد الاعراض^(٤).

وما ذكر من سقوط حق المشتري فى الخيار إذا سمح البائع له بالثمرة الحادثة قبل مبادرته بالفسخ إنما هو الأصح من الوجهين. والوجه الآخر: لا يسقط خياره لما فى قبول المسموح به من المنة.

يقول المحلى فى شرحه: «وعلى الأول وهو تخيير المشتري ، فان سمح له البائع بما حدث سقط خياره فى الأصح. والثانى: لايسقط لما فى قبول المسموح به من المنة»^(٥).

(١) المصدر السابق.

(٢) أي طالبت مدة الاعراض عن النعل. حاشية الشرواني ج٤ ص ٤٦٩.

(٣) تحفة المحتاج وحاشية الشرواني ج٤ ص ٤٦٩.

(٤) حاشية الشرواني السابق.

(٥) شرح جلال المعلى على المنهاج ج٢ ص ٢٣٧ ، وانظر تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٩ ، وفى الروضة ج٣ ص ٢٢١: «ثم ان سمح البائع بترك الثمرة الجديدة للمشتري سقط خياره» (=)

والجواب على ادعاء المنة من جهة البائع على المشتري غير مسلم جاء في التحفة: «فان سمح له البائع بما حدث بهبة أو إعراض ... سقط خياره في الأصح لزوال المحذور. ولا أثر للمنة هنا لأنها في ضمن عقد وفي مقابلة عدم فسخه»^(١). أي في المسامحة مصلحة للبائع فلا منة حينئذ.

ويقول الماوردي: «وسماحة البائع بالحادثة لا تجرى مجرى الهبة التي لا يلزم قبولها لأن المقصود بها نفى الجهالة وتصحيح العقد»^(٢).

والمسامحة من البائع لكي تسقط خيار المشتري ينبغي أن يبادر بها قبل فسخ المشتري كما تقدم.

قال الشرواني: وينبغي أن مثل ذلك مالو وقع الفسخ والمسامحة معا فيسقط خياره رعاية لبقاء العقد سيما وقد رجع كثير من الأصحاب أنه يخير البائع أو لا^(٣).

وذهب البعض إلى تقديم الفسخ هنا لأن السماح كالأجازة ، والفسخ مقدم عليها.

قال قليوبي: «ولو تقارن الفسخ والسماح. قال شيخنا: يقدم السماح نظرا لبقاء العقد ، وقال غيره: يقدم الفسخ لأن السماح كالأجازة»^(٤).

ونختتم هذه الحالة أعني إذا كان الاختلاط قبل التحلية بأن المشتري

(=) على الأصح كما سبق في نعل الدابة.

وفي حاشية الباجوري ج ١ ص ٣٥١: «وإذا وقع الاختلاط فيما شرط القطع فيه قبل التحلية خير المشتري ما لم يسمح له البائع فان بادر وسمح سقط خياره». والمنة تكون من جهة البائع على المشتري. حاشية الشرواني ج ٤ ص ٤٦٩.

(١) تحفة المحتاج ج ٤ ص ٤٦٩.

(٢) الحاوي الكبير ج ٦ ص ٢٠٧.

(٣) حاشية الشرواني على التحفة السابق.

(٤) حاشية قليوبي ج ٢ ص ٢٣٧.

إذا اختار إجازة البيع فإن له حكم ما بعد التخلية وستأتى. لكن يلاحظ أن ما قبل التخلية اليد فيها يد البائع لا يد المشتري.

ب- إذا كانت الثمرة قد اختلطت بعد التخلية. فأصحاب هذا الاتجاه لا يرون إلا قولاً واحداً فى حكم البيع. وهو أن البيع لا يفسخ^(١). ودليله فيما قبل التخلية هو دليله هنا.

ويقول الماوردي: «ووجه هذا القول: أن امتياز البائع عن غيره من حين العقد إلى وقت القبض يمنع من طرق الفساد عليه بعد القبض كالاستهلاك وسماحة البائع بالحادثة لا تجرى مجرى الهبة التى لا يلزم قبولها لأن المقصود بها نفى الجهالة وتصحيح العقد فشابهت الزيادة المتصلة كالكبر والسمن»^(٢).

ومع عدم الانفساخ فلا خيار للمشتري بخلاف ما قبل التخلية لأن الأمر قد انتهى بالتخلية^(٣). بل إن اتفقا على شئ فذاك. وإلا فالقول قول صاحب اليد بيمينه فى قدر حق الآخر. وهل اليد بعد التخلية للبائع أو للمشتري ، أو كليهما؟ فيه أوجه ثلاثة. وقضية كلام الرافعى ترجيح أن اليد للمشتري^(٤) وهو قول ابن حجر فى التحفة: «أما لو وقع الاختلاط بعد التخلية فلا انفساخ أيضا ولا خيار بل إن اتفقا على شئ فذاك ، وإلا صدق المشتري إذ اليد بعدها له فى قدر حق الآخر»^(٥)، وفى حاشية الرملى: أنه الأصح^(٦).

(١) وسيأتى مدى صحة هذه الطريق عند القائلين بعدم التفرقة فى الاتجاه الثانى.

(٢) الحارثى الكبير ج٦ ص ٢٠٦ ، ٢٠٧.

(٣) حاشية الشروانى ج٤ ص ٤٦٩ ، حاشية عميرة ج٢ ص ٢٣٧.

(٤) حاشية العبادى ج٤ ص ٤٧٠.

(٥) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٧٠.

(٦) حاشية الرملى على الأسنى ج٢ ص ١٠٩.

وحكى المحلى الخلاف فى اليد دون ترجيح ، ورجع قليوبى أن اليد للمشتري يقول المحلى «فان قلنا: لانفساخ فان توافقا على شئى فذاك ، والا فالقول قول صاحب اليد فى قدر حق الآخر ، وهو المشتري أو البائع؟ وجهان مبيتان على أن الجوائح من ضمان المشتري أو البائع ، وفى ثالث: اليد لهما» .

قال قليوبى: «وهو المشتري: هو المعتمد كضمان الجوائح. وعلى القول بأن اليد لهما قال فى شرح الروض: يقسم المتنازع فيه بينهما. وقال الغزى: لكل تحليف الآخر»^(١).

والأوجه الثلاثة أرسلها النوى فى الروضة: «فان قلنا: لانفساخ ، فان تصالحا وتوافقا على شئ فذاك ، والا فالقول قول صاحب اليد فى قدر حق الآخر. ولمن اليد فى صورة الثمار؟ فيه أوجه. أحدها: للبائع، والثانى للمشتري ، والثالث: لهما»^(٢).

وكلام المحلى وقليوبى السابق منقول عن الأسنى. جاء فيه: إذا وقع الاختلاط بعد التخلية. لا خيار للمشتري ، وعليه فاما أن يتراضيا ، واما لا. فان تراضيا بعد الاختلاط على قدر من الثمن فذاك والا فالقول قول صاحب اليد بيمينه فى قدر حق الآخر. وهل اليد بعد التخلية للبائع أم للمشتري أم لكليهما؟ فيه ثلاثة أوجه. وقضية كلام الرافعى ترجيح أن اليد للمشتري لبنائه له على أن الجوائح من ضمان المشتري ، أما أن اليد للبائع فمبنى على أن الجوائح من ضمان البائع. وعلى الوجه الثالث: يقسم القدر المتنازع فيه بينهما ولكل منهما تحليف صاحبه»^(٣).

(١) شرح المحلى وحاشية قليوبى ج ٢ ص ٢٣٧ ، وفى حاشية الباجورى ج ١ ص ٣٥١ : «وأما بعد التخلية فلا خيار للمشتري ثم ان توافقا على قدر فذاك والا صدق المشتري بيمينه فى قدر حق الآخر لأن اليد له» .

(٢) روضة الطالبين ج ٣ ص ٢٢٢ .

(٣) أسنى الطالب ج ٢ ص ١٠٩ .

والخلاصة فيما بعد التخلية عند التنازع أن اليد للمشتري ومن ثم فالقول قوله مع يمينه في قدر حق البائع. هذا هو الأصح.

لكن هل يجرى هذا الكلام قبل التخلية أيضا؟ الذي في الأصل تقييده بما بعد التخلية. إلا أن كثيرا من الأصحاب لم يرتضه. ففي شرح الروض: «فإن تراضيا بعد الاختلاط ولو قبل التخلية على قدر من الثمن فذاك، وإلا فالقول قول صاحب اليد بيمينه في قدر حق الآخر... الخ»^(١).

والذي ينبغي فيما قبل التخلية أن تكون اليد للبائع. يقول الشرواني: «وكذا لو وقع الاختلاط قبل التخلية، وأجاز المشتري البيع فإن اتفقا علي شيء فذاك، وإن تنازعا صدق ذو اليد وهو هنا البائع»^(٢)، ويقول العبادي: «ينبغي أن يجرى مثل ذلك فيما إذا وقع الاختلاط قبل التخلية ولم يسمع البائع وإن أجاز المشتري. ثم رأيت في شرح الروض صرح بما يفيد ذلك حيث قال مع المتن: فإن تراضيا بعد الاختلاط ولو قبل التخلية - لا كما قيده الأصل بما بعدها - على قدر من الثمن فذاك، وإلا فالقول قول صاحب اليد بيمينه في حق الآخر، وهل بعد التخلية للبائع أو للمشتري أو كليهما فيه أو جه ثلاثة، وقضية كلام الرافعي ترجيح الثاني. أ.هـ. لكن الذي ينبغي في مسئلتنا أعني فيما قبل التخلية أن تكون اليد للبائع»^(٣).

(١) المصدر السابق.

(٢) حاشية الشرواني ج٤ ص ٤٧٠.

(٣) حاشية العبادي ج٤ ص ٤٧٠.

ثانياً

حكم البيع والتمرة عند القائلين بعدم التفرقة بين ما قبل التخلية وبعدها

أقول: الفرق بين هذا الاتجاه وبين الاتجاه السابق الذي يفرق يكمن فى أمور ثلاثة.

الأول: فى ثبوت الخيار للمشتري ، فالاتجاه الذي يفرق أثبت الخيار للمشتري إذا حدث الاختلاط قبل التخلية كما تقدم ، والاتجاه الذى لم يفرق لم يثبت له الخيار ، فالاختلاط قبل القبض كالاختلاط بعده.

وقد وصف النووي هذا الصنيع بالضعف حيث يقول: «... وفى قول ضعيف لا خيار ، والاختلاط قبل القبض كهو بعده»^(١).

الثانى: أن البيع لا يفسخ قولاً واحداً إذا كان الاختلاط بعد التخلية. عند القائلين بالتفرقة^(٢). بينما فيه القولان عند من لم يفرق كما قبل التخلية. والتفرقة هي اختيار المزنئ وتبعه غيره.

الثالث: من أثبت الخيار جعل الزيادة للمشتري ، ومن لم يثبت الخيار جعلها للبائع.

هذا. والاتجاه الذى لم يفرق غلط من فرق بين ما قبل التخلية وما بعدها. ووجه الغلط أنه قاس مسألة الاختلاط فى الثمر على غير نظيرها من صور إختلاط طعام المشتري بطعام البائع ، فكان قياساً مع الفارق.

يقول فى البيان: «وقال المزنئ: بل تكون الثمرة كالطعام يفرق فيه بين أن تختلط قبل القبض أو بعده كما قلنا فى الطعام. وهذا غلط لأن المشتري

(١) روضة الطالبين ج٣ ص ٢٢١.

(٢) قال فى الشامل: «لو اشترى ثمرة فلم ينقلها حتى اختلطت بها الحادثة إن كان قبل القبض فعلى قولين. وإن كان بعد القبض لم يفسخ قولاً واحداً، الشامل ص ٢٦٣ ، وانظر. تكملة المجموع ج١١ ص ٤٧٠.

إذا قبض الطعام لم يبق بينه وبين البائع علة ، وإذا اختلط المبيع بغيره لم يؤثر في البيع ، وليس كذلك الثمرة على الشجر ، فإن المشتري وإن قبضها إلا أن العلة لا تنقطع بينهما لأن على البائع سقيها ويثبت للمشتري الخيار إذا أصابها العطش وإذا تلفت كان من ضمان البائع في أحد القولين»^(١).

ويقول المتولي: «الاختلاط لا فرق بين أن يكون قبل التخلية أو بعدها. وقال المزني: إذا كان بعد التخلية لا يفسخ العقد كما لو خلط الحنطة المبيعة بغيرها بعد القبض. وهذا ليس صحيح ، لأن القبض في الحنطة قد تم وما بقي بينهما علة ، وما هنا بقي علة فان على البائع سقيها والجوائح توضع عنه في قول. فنظير مسئلتنا أن لو اشترى الحنطة مكايلة فقبض جزافا ثم اختلط بحنطة أخرى فالمسألة على قولين»^(٢).

والماوردي يصور مسألة الطعام في صورة اعتراض ثم يجيب عنه فيقول: فإن قيل: ما الفرق بين الطعام إذا اختلط بعد قبضه فلم يبطل البيع فيه ، وبين الثمرة إذا اختلطت بعد القبض في شجرها فبطل البيع فيها؟ على أحد القولين.

قيل: الفرق بينهما: أن قبض الطعام قد استقر فانبهرت علة العقد ، وقبض الثمرة على نخلها وفي شجرها غير مستقر ، وعلة العقد لم تنبرم ، ألا ترى أنها لو عطشت على نخلها وشجرها بعد قبضها وأضر ذلك بها كان ذلك عيبا يستحق به المشتري خيار الفسخ؟ ولو كان القبض مستقرا والعقد منبرما ما استحق به الفسخ؟ كما لا يتسحقه في الطعام بعد القبض^(٣). وطرد القولين في المسألة دون تفرقة هي طريق الجمهور ، وهي أصح الطريقين^(٤).

(١) البيان ص ١٦٣.

(٢) تنمة الابانة ج٤ ورقة ١٦٤ ، ١٦٥.

(٣) الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٠٩ ، ٢١٠.

(٤) روضة الطالبين ج٣ ص ٢٢٢. شرح جلال المعلى وحاشية قليوبي ج٢ ص ٢٣٧.

مسألة الطعام:

ومسألة الطعام كما فى البيان: « وإن اشترى من رجل طعاما فاختلط بطعام البائع ولم يتميز ، فإن كان بعد قبض الطعام لم يبطل البيع قولاً واحداً ، لأن العقد قد انبرم بالقبض ، بل يكون القول قول من الطعام بيده مع يمينه فى قدر حق صاحبه منه ، وإن كان ذلك قبل أن يقبض المشتري طعامه ففيه قولان كالمسألة قبلها»^(١) والمسألة التى قبلها هى مسألة الثمر. وقد قال فيها صاحب البيان «وأما الثمر فلا فرق فيها بين أن يقبضها المشتري أو لا يقبضها»^(٢) يعنى فى ثبوت القولين بعد التخلية أيضاً.

فهذه المسألة هى التى قاس عليها المبنى مسألة الثمر. وإنما التى هى نظير مسألة الثمر فهى كما فى التتمة السابق «فنظير مسئلتنا أن لو اشترى الحنطة مكايلة فقبض جزافاً ثم اختلط بحنطة أخرى فالمسألة على قولين»^(٣).

والخلاصة:

أن الاتجاه الذى لم يفرق طرد القولين فى حالة حدوث الاختلاط فى الثمرة بعد القبض كما هو قبله ، كما طرد عدم ثبوت الخيار للمشتري فى حالة حدوث الاختلاط قبل القبض كما هو بعده. والقولان هما:

القول الأول: يفسخ البيع.

القول الثانى: لا يفسخ البيع^(٤).

(١) البيان ص ١٦٢. وانظر. تفصيل المسألة فى الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٠٩.

(٢) البيان ص ١٦٣.

(٣) تتمة الإهانة ج٤ ورقة ١٦٥ ، وانظر حلية العلماء ج٢ ص ٥٥١ ، روضة الطالبين ج٣ ص ٢٢١.

(٤) والخلاف بجملته داخل المذهب ذكره المحلى فى شرحه وقلوبى فى حاشيته، والنووي (=)

وقد تقدم فى الاتجاه الأول مرتبة القولين وأدلة كل قول ومناقشته.

فاذا قلنا: ينفسخ البيع ويتراجعان ، فلا كلام.

وان قلنا: لا ينفسخ فالزيادة للبائع ويقاله له: اسمح بالثمرة الزائدة فان سمح بها أجبر المشتري على القبول حتى لا ينفسخ العقد ، وإن لم يسمح البائع فسخ العقد ، والذي يتولى الفسخ هو الحاكم كما فى الحاوى الكبير. لأنه لقطع النزاع.

وعند عدم سماح البائع بالثمرة الحادثة لا يقال للمشتري: أترك جميع الثمرة للبائع لأن الثمرة هي المبيع فلا يتركها مع سلامة العقد ، وإنما كما قلنا: يفسخ العقد بينهما.

جاء فى الشامل: «فان اختلطت فلم تتميز أو لم يتميز بعضها وذلك يتصور فى التين وغيره ففيه قولان. أحدهما: أن البيع ينفسخ بذلك قاله فى الأم والاملاء. والثانى: لا ينفسخ ويقال للبائع: ان سلمت الجميع إلى المشتري أجبر على قبوله ومضى البيع ، وان امتنع من ذلك فسخ البيع وهو اختيار المزنى رحمه الله. ووجه هذا أن المبيع زاد ، وذلك لا يوجب بطلان العقد كما لو كانت شجرة فطالت أو ثمرة فبلغت. ووجه الأول: أن التسليم تعذر فوجب انفساخ العقد كما لو تلف المبيع قبل القبض ويفارق ما ذكره لأن تلك الزيادة فى المبيع منه ، وهذه عين أخرى لا يلزمه قبولها كما لو باع ثوبا فاختلط

(=) فى الروضة. ومفاده: أنه إذا حصل الاختلاط بعد التولية فى حكم البيع طريقان أحدهما: القطع بعدم الانفساخ. الثانية: وهى أصحهما أن فى حكم البيع قولان وهى طريق الجمهور ، وأصح القولين عدم الانفساخ ، ومقابله الانفساخ شرح المحلى وحاشية قليوبى ج ٢ ص ٢٣٧ ، روضة الطالبين ج ٣ ص ٢٢٢.

وعليه فالمسألة فى طريق الجمهور على قولين أصح القولين عدم الانفساخ. والقطع بعدم الانفساخ هى طريقة المزنى ومن تبعه.

وجريان القولين هى طريقة الجمهور ، ومنهم أصحاب هذا الاتجاه الذى لم يفرق.

بشوب الآخر فسلم إليه الثوبين، لا يلزمه قبولها، يدل هذا على أن البائع لا يجبر على تسليمها وتلك الزيادة يجبر على تسليمها. إذا ثبت هذا. فإن قلنا: يفسخ فلا كلام. وإن قلنا: لا يفسخ، فإن رضى البائع بتسليم جميع الثمرة أجبر المشتري على قبول ذلك، وإن امتنع لم يقل للمشتري: ارض بترك جميع الثمرة للبائع لأن الثمرة هي المبيع فلا يتركها مع سلامة العقد، وينفسخ العقد بينهما^(١).

وفى التتمة: «فاذا قلنا: لا يفسخ يقال للبائع: اسمح بالثمره الزائدة فإن سمح بها يلزم القبول حتى لا يفسخ العقد، وإن لم يسمح فلا يقال للمشتري ذلك لأن الثمرة هي المبيعة فاذا سمح بها فات القبض»^(٢).

وفى البيان: «إذا اشترى ثمرة على الشجر فلم يأخذها حتى حدثت أخرى وهذا يتصور فى التين فإن تميزت أحدهما عن الأخرى بصغر أو كبر أو لون، فإن الثمرة الأولى للمشتري والثانية للبائع. وإن اختلط ولم يتميز بعضها عن بعض ففيه قولان أحدهما: أن البيع يفسخ لأنه قد تعذر القبض المستحق فأنفسخ البيع كما لو اشترى عبدا فمات قبل القبض. القول الثانى: لا يفسخ البيع بل يقال للبائع: أسمح بثمرتك للمشتري؟ فإن سمح أجبر المشتري على قبوله. وإن لم يسمح ففسخ العقد بينهما لأن المبيع باق وإنما انضاف إليه مالا يتميز منه فلم يفسخ العقد كما لو اشترى عبدا صغيرا فكبر أو هزلا فسمن»^(٣).

وفى المذهب: «وإذا اشترى ثمرة على الشجر فلم يأخذ حتى حدثت ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز ... ففيه قولان. أحدهما: يفسخ البيع وهو الصحيح لأنه تعذر التسليم المستحق بالعقد فإن البائع لا يلزمه تسليم ما

(١) الشامل ص ٢٥٦ - ٢٥٨.

(٢) تنمة الابانة ج٤ ورقة ١٦٤.

(٣) البيان ص ١٦٢، ١٦٣.

اختلف به من ماله ، فان رضى البائع بتسليم ماله لم يلزم المشتري قبوله. وإذا تعذر تسليم المعقود عليه بطل العقد كما لو تلف المبيع. والثاني: لا يفسخ لأن المبيع باق وإنما انضاف إليه زيادة فصار كما لو باع عبدا فسمن أو شجرة فكبرت. فان قلنا: لا يفسخ ، يقال للبائع: إن سمحت بحقك أقر العقد وإن لم تسمح فسخ العقد»^(١).

ويقول الماوردي: «... وإن كانت الحادثة لا تتميز عن الأولى فقد صار المبيع مختلطا بغيره ففي البيع قولان منصوصان. أحدهما: أن البيع باطل لأن المبيع قد اختلف بما لم يتميز عنه قبل استقرار القبض فأوقع ذلك جهالة في البيع فأبطله ، ولا يلزم المشتري أن يستحدث هبة مالم يتناوله العقد ليصح له العقد. والقول الثاني: أن البيع لا يبطل لكن يقال للبائع: اسمح للمشتري بالثمرة الحادثة فان سمح له بها لزم المشتري قبولها ، وإن شح البائع بها وأقام على الاختلاف والتنازع فيها. فسخ الحاكم البيع بينهما. ووجه هذا القول: أن امتياز البائع عن غيره من حين العقد إلى وقت القبض يمنع من طرق الفساد عليه بعد القبض كالأستهلاك ، وسماحة البائع بالحادثة لا تجرى مجرى الهبة التي لا يلزم قبولها ، لأن المقصود بها نفى الجهالة ، وتصحيح العقد فشابهت الزيادة المتصلة بالكبير والسمن»^(٢).

أقول: فائدة القولين من الفسخ ، وعدمه عند أصحاب هذا الاتجاه ، هي نفس الأدلة على القولين في الاتجاه الأول. ومن ثم فالمناقشة واحدة.

(١) المذهب ج١ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ ، وانظر. حلية العلماء ج٢ ص ٥٥١: «فاذا اشترى ثمرة على شجرة فلم يأخذها حتى حدثت ثمرة أخرى واختلطت بالأول ولم تتميز. أو اشترى حنطة فلم يقبضها حتى انشأت عليها حنطة أخرى ففيه قولان. أصحابهما أن البيع يفسخ. والثاني: لا يفسخ» الأم ج٣ ص ٦٨ مجلد / ٢ باب بيع القضب والقرط.

(٢) الحساوي الكبير ج٦ ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، وانظر الأم. ج٣ ص ٣٨ ، ٤٤ ، ٦٥ ، ٦٨ مجلد / ٢.

مسألة: الشجرة تعمل حملين بدا صلاح أحدهما:

أقول: هذه المسألة ذكرها النووي في الروضة من غير فصل بينها وبين المسألة السابق ذكرها. فعند بيان حكم الاختلاط الذي لا يبقى معه تميز قال «فاذا باع الثمرة بعد بدو الصلاح والشجرة تثمر في السنة مرتين. نظر: إن كان ذلك مما يغلب التلاحق فيه وعلم أن الحمل الثاني يختلط بالأول كالتين والبطيخ والقشياء ، والباذنجان لم يصح البيع إلا أن يشترط أن المشتري يقطع ثمرته خوف الاختلاط. وفي قول أو وجه: أنه موقوف ، فإن سمح البائع بما حدث ، تبين انعقاد البيع وإلا فلا ، ثم إذا شرط القطع فلم يتفق حتى اختلط فهو كالتلاحق فيما يندر ، وإن كان مما يندر فيه التلاحق وعلم عدم الاختلاط أو لم يعلم كيف يكون الحال فيصح البيع مطلقا وبشرط القطع والتبعية ثم إن حصل الاختلاط فله حالان:»^(١) وهما حصول الاختلاط قبل التخلية ، أو حصوله بعدها. وقد سبق الكلام فيه. وهذا يعنى أن الحكم واحد.

بينما بعض الكتب كالبيان ، والمهذب ، والحلية. ذكرت المسألة منفصلة وعلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: إذا كان يعلم أن الحمل الثاني يحدث ويختلط بالحمل الأول ولا يتميز: فالبيع باطل قولاً واحداً. وهذا الاتجاه هو الصحيح لأنه باعه مالا يقدر على تسليمه لأن العادة في الثمار أنها لا تؤخذ إلا بعد تكامل الصلاح فيها بخلاف الجزء من الرطبة فإنها تجز في الحال ولا تختلط بغيرها. وبعبارة أخرى: لأنه باع مالا يقدر على تسليمه لأن العادة فيها الترك فإذا ترك اختلط به غيره فتعذر التسليم بخلاف الرطبة فإنه باعها بشرط القطع فلا يتعذر التسليم. قاله في المهذب.

(١) روضة الطالبين ج ٢ من ٢٢١ ، ولاحظ من ٢١٣ ، وانظر. الشامل ص ٢٦١.

الاتجاه الثانى: وهو للربيع. قال: فى المسألة قول آخر: أن البيع لا يبطل. ولعله أخذ ذلك ممن باع جزء من الرطبة فلم يأخذها حتى طالت فانها على قولين. أحدهما: يفسخ البيع. والثانى: لا يفسخ ، بل يقال للبائع إن سمحت بحقك أقر العقد ، فأخذه من هذا القول ، لأنه يعلم أن الرطبة تطول قبل الجز^(١) يقول فى البيان: «وان كان له شجرة تحمل حملين. قال الشيخ أبو حامد: ولا أعلم ذلك إلا التين. وقيل: الموز. فباعه أحد الحملين بعد بدو الصلاح فيه وهو يعلم أن الحمل الثانى يحدث ويختلط بالحمل الأول ولا يتميز: فالبيع باطل. وقال الربيع: فيه قول آخر: أن البيع لا يبطل ولعله أخذ ذلك ممن باع جزء من الرطبة فلم يأخذها حتى طالت ... والصحيح أن البيع باطل قولاً واحداً...»^(٢).

ويقول الشاشى: «فان كان له شجرة تحمل حملين فباع أحد الحملين بعد بدو الصلاح وهو يعلم أن الحمل الآخر يحدث ويختلط ولا يتميز فالبيع باطل. وقال الربيع: فيه قول آخر أن البيع يصح ، والأول أصح»^(٣). ويقول الشيرازى: «وان كان له شجرة يحمل حملين فباع أحد الحملين بعد بدو الصلاح ، وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر ويختلط به ولا يتميز فالبيع باطل. وقال الربيع: فيه قول آخر أن البيع يصح ، ولعله أخذه من أحد القولين فيمن باع جزء من الرطبة فلم يأخذ حتى حدث شيئ آخر أن البيع يصح فى أحد القولين. والصحيح هو الأول لأنه باع مالا يقدر على تسليمه لأن العادة فيها الترك فاذا ترك اختلط به غيره فتعذر التسليم بخلاف الرطبة فانه باعها بشرط القطع فلا يتعذر التسليم»^(٤).

(١) البيان ص ١٦٦.

(٢) البيان السابق.

(٣) حلية العلماء ج ٢ ص ٥٥١.

(٤) المهذب ج ١ ص ٢٨٢.

مذهب الحنابلة:

١- لم يفرق الحنابلة بين ما إذا حدث الاختلاط قبل التخلية أم بعدها.

٢- لم يثبت الحنابلة الخيار للمشتري.

٣- إن حصل الاختلاط وتميزت الثمرة الحادثة عن التي وقع عليها البيع فلكل ثمرته. الحادثة للبائع وهو صاحب الأصل. والمتقدمة للمشتري.

٤- أحكام هذه المسألة تسرى على ما لو اشترى ثمرة بعد بدو صلاحها فحدثت ثمرة أخرى ، أو اشترى ثمرة قبل بدو الصلاح بشرط القطع ولم يقطع حتى حدثت الأخرى - صرح بذلك المرداوي في الانصاف.

إذا اتضح ذلك فإن محل الخلاف عندهم فيما إذا حصل اختلاط الحادثة بالمتقدمة ولم تتميز. ولهم في هذا الموطن ثلاثة أقوال.

القول الأول: أن البيع لا يبطل. وهو ظاهر المذهب والصحيح ، وهو رأى ابن عقيل وأبى محمد بن قدامة ، وصوبه الزركشى فى شرحه ، ونقله عنه المرداوى فى الانصاف ، وهو اختبار القاضى فى المجرى كما فى قواعد ابن رجب.

وحجة هذا القول كما فى المغنى والشرح وغيرهما: أن المبيع لم يتعذر تسليمه وإنما اختلط بغيره فهو كما لو اشترى طعاما فى مكان فانتال عليه طعام للبائع ، أو انتال هو على طعام البائع ولم يعرف قدر كل واحد منهما.

وحكم الثمرة على هذا القول: أن البائع والمشتري شريكان فى جميع الثمرة أعنى المتقدمة والحادثة كل واحد بقدر ثمرته ، فإن لم يعلم القدر ، وقف الأمر حتى يصطلحا. ومعنى ذلك أن البيع لا يفسخ أبدا.

يقول الزركشى: «أما إن اشترت ثمرة بعد بدو صلاحها ، فحدثت ثمرة أخرى للبائع فان تميزتا فلا كلام. وإن لم تتميزا. إشتراكا بقدر مالكل منهما فان لم يعلم القدر ، وقف الأمر حتى يصطلحا. هذا رأي ابن عقيل ، وأبى محمد ، وهو الصواب»^(١).

ويقول ابن قدامة: «... أو اشترى ثمرة فى شجرها فحدثت ثمرة أخرى ... فان تميزت فلكل واحد ثمرته. وإن اختلطا ولم تتميز واحدة منهما فهما شريكان فيهما كل واحد بقدر ثمرته فان لم يعلم قدرها اصطلاحا عليها ولا يبطل العقد فى ظاهر المذهب لأن المبيع لم يتعذر تسليمه وإنما اختلط بغيره فهو كما لو اشترى طعاما فى مكان فانشال عليه طعام للبائع أو انشال هو على طعام للبائع ولم يعرف قدر كل واحد منهما»^(٢).

ويقول ابن رجب فى فرع من فروع قاعدة من قواعده: «ومنها: مالو اشترى ثمرة فلم يقبضها حتى اختلطت بغيرها ولم تتميز فهل يفسخ البيع؟ على وجهين. اختار القاضى فى خلافه الانفساخ ، وفى المجرى عدمه»^(٣).

ويقول المرداوي فى كلام مصنفه: «شمل كلامه قسمين. أحدهما: اذا حدثت ثمرة أخرى قبل القطع ولم تتميز من البيع. والثانى: ما عدا ذلك»^(٤). ويقول: «تنبيه: وأما إذا حدثت ثمرة لم تتميز. فقطع المصنف هنا: ... والصحيح من المذهب: أن حكمه حكم المبيع الذى اختلط بغيره ،

(١) شرح الزركشى ج٢ ص ٥١١.

(٢) المغنى ج٤ ص ٢١٢ ، ٢١٣ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٥٣ ، ٢٥٤. وانظر الروض المربع ج٢ ص ١٣٢.

(٣) القواعد ص ٣٠ القاعدة ٢٢ «العين المنقمة فى غيرها إذا لم يظهر أثرها فهل هى كالمعدومة حكما أو لا؟ فيه خلاف ، وينبنى عليها مسائل. منها: ...

(٤) الانصاف ج٥ ص ٦٩ ، وقوله: ما عدا ذلك. يعنى الزيادة بغير الاثمار ، وهى الزيادة المتصلة أعنى أن تزيد الثمرة فى ذاتها ، وهذه قد تقدم الكلام عليها. ص ٢١٥. أما الزيادة بحدوث ثمرة أخرى فهى موضوع كلامنا هنا.

فهما شريكان فيهما كل واحد بقدر ثمرته ، فان لم يعلما قدرها اصطلاحا ، ولا يبطل العقد في ظاهر المذهب قاله المصنف في المغنى ، والشارح ، وصاحب الفروع ، والفائق وغيرهم . قال الزركشى : وهو الصواب ، وقدمه في الكافى وغيره ، واختاره ابن عقيل وغيره^(١) .

وفى الروض : « أو اشترى ما بدا صلاحه من ثمر ، وحصل معه آخر واشتبها ... والصحيح أن البيع صحيح . وإن علم قدر الثمرة الحادثة دفع للبائع والباقي للمشتري ، وإلا اصطلاحا ولا يبطل البيع لأن البيع اختلط بغيره ولم يتعذر تسليمه »^(٢) .

القول الثانى : أن البيع يبطل . وهى رواية عن أحمد ذكرها أبو الخطاب ، وجزم به فى الوجيز والرعايتين ، والحاويين ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة وغيرهم ، وهو احتمال فى الكافى ، وقطع ابن قدامة به فى متن المقنع^(٣) وهو اختيار القاضى فى خلاقه^(٤) .

وأبو الخطاب قاس هذه المسألة على مسألة الزيادة المتصلة وهى مالو اشترى ثمرة قبل بدو الصلاح بشرط القطع وتركها حتى بدا صلاحها . فالأخيرة فيها روايتان عن الامام أحمد أظهرها البطلان^(٥) . يقول الزركشى : « وأجرى أبو الخطاب فى ذلك الروايتين اللتين فى الثمرة قبل بدو صلاحها »^(٦) ، ويقول ابن قدامة : « وفيه رواية أخرى أنه يبطل ذكرها أبو

(١) الانصاف السابق ص ٧٢ ، ٧٣ .

(٢) الروض المربع وحاشية العنقرى ج ٢ ص ١٣٢ ، وانظر كشاف القناع ج ٣ ص ٢٨٣ ، ٢٨٤ .

(٣) الانصاف ج ٥ ص ٧٢ .

(٤) القواعد لابن رجب ص ٣٠ ، وقد سلف نصه قريبا .

(٥) سبق ذكرهما فى الزيادة المتصلة ص ٢٠٢ من البحث . شرح الزركشى ج ٣ ص ٥١١ .

(٦) شرح الزركشى ج ٣ ص ٥١١ .

الخطاب»^(١)، فأبو الخطاب جمع بين مسألتنا ومسألة الترك حتى بدو الصلاح فى الحكم فجعل فيهما روايتين. وهذا ليس بسديد للفارق بين المسألتين .

وجه الفرق: أنه فى مسألة ما قبل بدو الصلاح كان البطلان على أظهر الروايتين لكون اختلاط المبيع بغيره حصل بارتكاب النهى - أعنى النهى عن البيع قبل بدو الصلاح - وسدا للزريعة لثلا يتخذ حيلة لما هو ممنوع منه شرعا. وهاهنا ما ارتكب نهيا ، ولا يجعل هذا طريقا إلى فعل المحرم.

يقول المقدسى: «وفارق هذا ما لو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها»^(٢) فان العقد يبطل فى أظهر الروايتين لكون اختلاط المبيع بغيره حصل بارتكاب النهى وكونه يتخذ حيلة على شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ، وهاهنا ما ارتكب نهيا ولا يجعل هذا طريقا إلى فعل المحرم»^(٣).

ويقول الزركشى: «بخلاف الثمرة قبل بدو صلاحها ونحوها لارتكاب النهى ثم ، وسدا للزريعة لثلا يتخذ ذلك حيلة لما هو ممنوع منه شرعا»^(٤).

القول الثالث: وهو للقاضى قال: لانطلب من المشتري أن يسمح بنصيبه لأن الثمر كل المبيع فلا يؤمر بتخلية كله ، وإنما يقال للبائع ذلك.

(١) المغنى ج٤ ص ٢١٣ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٥٥.

(٢) وعبارة المغنى: «أو اشترى عربة فتركها حتى أثمرت فان العقد يبطل فى إحدى الروايتين لكون اختلاط المبيع بغيره حصل بارتكاب النهى وكونه يتخذ حيلة على شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ، أو شراء الرطب بالتمر من غير كيل من غير حاجة إلى أكله رطبا . وها هنا ما ارتكب نهيا ، ولا يجعل هذا طريقا إلى فعل المحرم. وجمع أبو الخطاب بينهما فقال: فى الجميع روايتان. إحداهما: يبطل العقد ، والأخرى لا يبطل». المغنى ج٤ ص ٢١٣.

(٣) الشرح الكبير ج٤ ص ٢٥٤ ، ٢٥٥.

(٤) شرح الزركشى ج٣ ص ٥١١ ، وانظر. الروض المربع ج٢ ص ١٣٢.

فان سمح بنصيبه للمشتري أجبرناه على القبول وإلا فسخ البيع. وليس هذا بمذهب للامام احمد ، وإنما هو اختيار القاضي كما نبه عليه ابن عقل.

وقد ذكر ابننا قدامة: أن اختيار القاضي هذا هو مذهب الشافعي. وأقول: أنه أحد قولي الشافعي أخذ به من الأصحاب من لم يفرق بين ما قبل القبض وما بعده ، وقال: لا خيار للمشتري^(١).

يقول الزركشي: «وقال القاضي: وإن اشترى ثمرة فحدثت أخرى لم نقل للمشتري اسمح ، إذ الثمرة كل المبيع ، ويقال: للبائع ذلك ، فان سمح أجبر المشتري على القبول ، وإلا فسخ العقد. قال ابن عقيل: ولعل هذا القول لبعض أصحابنا فاني لم أجده معزيا إلى أحمد. والله أعلم»^(٢).

ويقول ابننا قدامة: «وقال القاضي^(٣) ... وإن اشترى ثمرة فحدثت ثمرة أخرى لم نقل للمشتري اسمح بنصيبك لأن الثمر كل المبيع فلا يؤمر بتخلية كله ، ويقول للبائع ذلك ، فان سمح بنصيبه للمشتري أجبرناه على القول وإلا فسخ البيع»^(٤). وهذا مذهب الشافعي. وقال ابن عقيل: لعل هذا

(١) راجع الاتجاه الثاني في مذهب الشافعية السابق ذكره بخلاف الاتجاه الأول عندهم فقد أثبت للمشتري الخيار فيما لو كان الاختلاط قد حصل قبل القبض.

(٢) شرح الزركشي ج٣ ص ٥١١.

(٣) «إن كانت الثمرة للبائع فحدثت ثمرة أخرى قيل: لكل واحد اسمح بنصيبك لصاحبك فان فعل أحدهما أقررنا العقد وأجبرنا الآخر على القبول لأنه يزول به النزاع ، وإن امتنعا فسخنا العقد لتعذر وصول كل واحد منهما إلى قدر حقه. وإن اشترى ثمرة فحدثت ثمرة أخرى لم نقل للمشتري ...». المغني ج٤ ص ٢١٣ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، وانظر. الانصاف ج٥ ص ٧٣ ، كشاف القناع ج٣ ص ٢٨٤ ، شرح الزركشي ج٣ ص ٥١١ ، القواعد لابن رجب ص ١٧٠ ، ١٧١ القاعدة «٨١».

(٤) أي بخلاف مسألة التأخير ، اذا بيعت الشجرة وعليها ثمرة مؤبرة فهي لبائع الشجرة فان لم يأخذها حتى حدثت ثمرة أخرى فانه يقال لكل واحد: اسمح بنصيبك لصاحبك فان فعل أحدهما أقررنا العقد وأجبرنا الآخر على القبول لأنه يزول به النزاع ، وإن امتنعا فسخنا العقد لتعذر وصول كل واحد منهما إلى قدر حقه.

قول لبعض أصحابنا فأننى لم أجده معزيا إلى أحمد. والظاهر أن هذا اختيار القاضى ، وليس بمذهب لأحمد» (١).

مذهب الاباضية :

المتبع لنصوص الاباضية فى الثمار المشتراة مفردة ولم يأخذها المشتري حتى حدثت الزيادة يمكن استخلاص الآتى :

أ- ان تميزت الثمار فالحادثة للبائع ، والمتقدمة للمشتري.

ب- إن لم تتميز ففى حكم البيع قولان.

القول الأول: يفسد البيع بالزيادة إلا إن أتماه بعد الزيادة ، وهو الأحوط. منعا للتنازع عند الاختلاط ، كما منعهم الرسول - ﷺ - من بيع الثمار قبل الزهو.

القول الثانى يصح البيع. وعلى هذا فى حكم الزيادة قولان.

القول الأول: الزيادة للبائع وهو الصحيح لكن يجتهد فى التمييز بينهما.

القول الثانى: الزيادة للمشتري فتكون الثمرة كلها له. وإنما جاز ذلك -مع أن ما زاد لم يكن موجودا حال البيع- بطريق التبعية ، وكم شئى يصح تبعا ولا يصح استقلالاً. وهذا قول ضعيف.

يقول الثمينى فى بعض مختصراته: «إن اشترى تمرا قبل إدراكه على القطع جاز، وإن تركه حتى زاد فسد إلا ان أتماه بعد الزيادة ، وإن تركه باذن البائع ثم طلبه البائع أن يقطعه فليقطع ، وإن تركه حتى طاب بلا إذن فأجاز

(١) الشرح الكبير ج٤ ص ٢٥٦ - ٢٥٩ ، والمفنى ج٤ ص ٢١٣.

له فقولان ، وعلى البائع الزكاة ...» (١).

وفى موطن آخر: «والخلف فى مشمر بطونا كتين وعنب هل يمتنع أو يجوز ما فى الوقت والزائد للبائع ، أو للمشتري غلة سنة ولو زادت؟ خلاف، وغلة كقصر وقشاء وباذنجان أقرب للجواز من كتين لاتصال بطونه» (٢).

قال أطفيش شارحه: والخلف فى مشمر بطونا ، بطنا بعد آخر كشجرة تين مطلقا. وقيل: تشرم بطونا فى بعض البلاد فقط ، وعلى كل حال فبطونها متميزة بخلاف الليمون والجميز فبطونهما لاتتميز. وكالتين العنب فى بعض البلاد. هل يمتنع بيع غلته مطلقا إلا اذا قطعت أو بيعت على القطع قبل أو ان الزيادة لثلا يختلط المبيع بالمزداد فيأكل بعضهما مال بعض ويتنازعان كما منعهم - $\frac{1}{2}$ - من بيع الثمار قبل الزهو لما رأهم يتشاجرون إذا زهت ويدعون أنها أصيبت بعفونة أو شاصت وفسدت وغير ذلك. أو يجوز ما فى الوقت ، والزائد للبائع ، وهو الصحيح لكن يجتهد فى التمييز بينهما ، والأول أحوط. أو للمشتري للغلة بلا ذكر شئ ولا تقييد به (٣) - «غلة سنة» عجمية أو عربية ، وإذا أطلقهاا فعربية إلا إن كان عرفهما معا عجميا فى معنى السنة «ولو زادت». وإنما جاز ذلك مع أن مايزيد لم يكن موجودا حال البيع تبعا للموجود وكم شئ يصح تبعا ولا يصح استقلالا كما جاز بيع مال يدرك مع ما أدرك فى شجرة واحدة أو فى بستان أو فى

(١) شرح النيل ج ٨ ص ١١٧.

(٢) النيل للشمس ج ٨ ص ١٢٤ ، ١٢٥.

(٣) لأن اشتراط الزيادة يفسد البيع على الصحيح عندهم: «وأما إن اشترى الغلة الحاضرة ، وذكر أن التى ستزيد داخلة فى البيع فلا يجوز قطعا ، وكذا إن قال: اشترت الحاضرة والى ستزيد ، أو قال البائع: بعث ذلك ، وقاما على ذلك وأجازاه. وقيل: إن البيع جائز أيضا فى هذه الصورة على ذلك القول. شرح النيل ج ٨ ص ١٢٥ ، وانظر. الايضاح وحاشيته ج ٥ ص ٦٨.

بلد على مرّ. وبيع مال يدرك اتباعا لما أدرك ولم يبيع ، ولأن ذلك كشراء شئ مثل أن يكرى دابة مدة معلومة ينتفع بها ، فكذا شراء شجرة فيها ثمار ظاهرة مدركة تنبئ عما يأتي من الثمار ، وذلك قول ضعيف ، لأنه لا يخرج عن بيع المعاومة وبيع الثمار قبل أن تخلق ، وقد منع منها بعد خلقها وقبل زهوها فكيف قبل خلقها»^(١).

خلاصة مقارنة بين المذاهب:

والخلاصة في حكم البيع والثمرة فيما لو اشترى ثمرة لا يؤمن اختلاطها وتركها حتى حدثت ثمرة أخرى -الآتي:

أ- اتفقوا على أنه إن تميزت الحادثة عن المتقدمة ، فالمتقدمة للمشتري والحادثة للبائع.

ب- إن لم تميز ، هناك اتجاهان.

الاتجاه الأول: وهو الذي يفرق ما بين قبل التخلية ، وبعدها. وهذا ظاهر مذهب الحنفية ، وفريق من الشافعية.

الاتجاه الثاني: وهو الذي لم يفرق. وهو لغير من سبق.

وعلى كلا الاتجاهين في حكم البيع والثمرة. قولان.

القول الأول: البيع فاسد. وبه قال الحنفية في ظاهر المذهب وهو الأصح صححه السرخسي ، وذلك إذا وقع الاختلاط قبل التخلية ولم يحلل البائع الثمرة الحادثة للمشتري. وفساد البيع إذا وقع الاختلاط قبل التخلية ذهب فريق من الشافعية ، وهو أيضا قول فريق من الشافعية حتى ولو بعد التخلية ، وهو الفريق الذي لم يفرق بين ما قبل التخلية وبعدها. والقول

(١) شرح النيل السابق ص ١٢٤ ، ١٢٥ ، وانظر. الإيضاح وحاشيته السابق ص ٦٨، ٦٧.

بفساد البيع رواية عن الامام احمد ، وجزم بها بعضهم ، وهو قول عند
الاباضية إلا إن أتماء بعد الزيادة.

وعلى هذا لقول لا كلام فى الزيادة لأن البيع يفسخ ، ويترادان
للمشتري ما دفعه ، وللبائع الثمر.

وحجة الفساد: أن المبيع صار معجوز التسليم بالاختلاط للجهالة
وتعذر التمييز فأشبه العجز عن التسليم بالهلاك. واختلف فيمن يفسخ
البيع. اختار البعض أن الحاكم هو الذى يفسخ لأنه لقطع النزاع.

القول الثانى: البيع صحيح. وبه قال الحنفية فى ظاهر المذهب إذا وقع
الاختلاط بعد التخلية. وحجة ذلك: أن التخلية قبض وحكم البيع يتم
ويتناهى بالقبض. وكذلك قبل التخلية وحل البائع الحادثة للمشتري. وهو
قول فريق من الحنفية فى مقابل ظاهر المذهب وهو الذى أجاز بيع المعدوم تبعا
للموجود استحسانا لجريان التعامل به بين الناس ، ومثلهم المالكية
للضرورة. وهو الأظهر عند الشافعية ، وظاهر مذهب الحنابلة وهو الصحيح ،
وقول للاباضية.

وحجة الشافعية والحنابلة: أن عين المبيع باقية وتسليمه ممكن بسماحة
البائع بالحادثة ، وقياسا على الزيادة المتصلة.

ج- أما عن حكم الثمرة. فانه على القول بالصحة. فالحنفية فى ظاهر
المذهب قالوا: إن حل البائع الثمرة للمشتري كانت الثمرة له كلها هذا قبل
التخلية. أما بعدها فهما شريكان فى الثمرة كلها لعسر التمييز ، والقول
فى قدر الحوادث للمشتري مع يمينه لكونه فى يده ، وهو منكر ، والظاهر
يشهد له. وعلى مقابل ظاهر المذهب الثمرة كلها للمشتري ، وهو للمالكية ،
وقول للاباضية وفى قول عند الاباضية أنها للبائع.

وكظاهر مذهب الحنفية فى الاشتراك قال الحنابلة فى ظاهر المذهب وإن كانوا لم يفرقوا ما بين قبل التخلية وبعدها. والاشتراك يكون بقدر ثمرة كل واحد ، فإن لم يعرف القدر وقف الأمر حتى يصطلحا ، وهذا يعنى أن لا يصدق أحدهما فى حق الآخر. وعلى كل حال فظاهر مذهب الحنفية بعد التخلية وصحيح مذهب الحنابلة مطلقا: لا يفسخ البيع أبدا.

أما الشافعية: فإن من فرق منهم بين ما قبل التخلية وما بعدها. أثبتوا الخيار للمشتري إذا حدث الاختلاط قبل التخلية والأصح أنه كخيار العيب يثبت على الفور. وقيل: على التراخي. ويسقط خيار المشتري بمبادرة البائع بالسماح بالمحاذة ، ويحصل السماح إما بهبة أو اعراض عنها. فإن سمح بها كانت الثمرة جميعها للمشتري كما هو ظاهر. وسقوط الخيار بما ذكر هو الأصح. ومقابله لا يسقط لما فى القبول من المنه.

أما بعد التخلية فلا خيار باتفاق. لأن الأمر قد انتهى بالتخلية.

ومن لم يفرق من الشافعية لم يثبت خيارا للمشتري قبل التخلية كما ما بعدها.

وإنما إذا سمح البائع بالمحاذة أجبر المشتري على القبول ، وإن لم يسمح فسخ البيع ، وهو قول القاضى من الحنابلة. ولا يقال للمشتري: اسمح بشمرك لأن الثمر كل المبيع فلا يؤمر بتخلية كله لفوات محل القبض به.

وعند القائلين بالتفرقة إن حدث الاختلاط بعد التخلية فإن البيع لا يفسخ قولاً واحداً. وعليه فاما أن يتراضيا ، واما لا ، فإن تراضيا على شئى فذاك ، وإن لم يتراضيا فالقول قول صاحب اليد بيمينه. وفى صاحب اليد حينئذ ثلاثة أوجه. الراجح عند الرافعى منها أنها للمشتري ، وقيل: للبائع وقيل: لهما وعلى الأخير يقسم القدر المتنازع فيه بينهما ولكل منهما تحليف صاحبه.

وأما إن حدث قبل التخلية فإن أجاز المشتري وتراضا على شيء فذاك وإن تنازعا فالقول قول البائع بيمينه لأن اليد له قبل التخلية^(١).

الراجع:

يرى الباحث أن الرافع من وجهة النظر فى محل الخلاف هو القول بعدم انفساخ البيع سواء كان الاختلاط قبل التخلية أم بعدها ، ولاخيار للمشتري.

والثمرة الحادثة للبائع ويقال له : اسمع بالثمرة الزائدة للمشتري ، فإن سمع بها أجبر المشتري على القبول حتى لاينفسخ العقد ، وإن لم يسمع البائع فسخ العقد والذي يتولى الفسخ هو الحاكم لأنه لقطع النزاع.

ولا يقال للمشتري: اترك جميع الثمرة للبائع لأن الثمرة هي المبيع فلا يتركها مع سلامة العقد ، ولأنه إذا سمع بها فات محل القبض. وإنما الذي يقال له ذلك هو البائع كما تقدم.

وما رجحناه هو أحد قولي الشافعى وعليه فريق من الأصحاب ، وهو أيضا قول القاضى من الحنابلة.

وحجة الترجيع. أن فيه مراعاة لجانب البائع والمشتري ، وأكثر تحقيقا للتراضى الذي يبنى عليه العقود.

(١) هذه هي الخلاصة ، أما التفصيل فراجع ما سبق فى المذاهب.

المطلب الخامس

حكم بيع القصيل ومنه البرسيم
ونحوه مما يجز مرة بعد مرة

معنى القصيل:

القصيل هو الزرع الأخضر. سمي قصيلا من القصل وهو القطع لأنه يقصل وهو رطب. قاله الفاربي. وقال ابن فارس: لسرعة انفصاله وهو رطب. والقصيل أيضا هو الشعير يجز أخضر لعلف الدواب. وقصل الدابة: علفها قصيلا. والقصيل أيضا: اسم للزرع الصغير. والقصل: القطع ، ومنه سمي القصيل. وسيف قصال: أى قطاع^(١).

والزرع الأخضر من حيث الجملة لا يختلف فى أحكام بيعه مفردا عن حكم الثمار قبل بدو الصلاح وبعده على النحو الذى سبق ذكره من أول البحث. وإنما أفردنا للقصيل مبحثا خاصا لإبرازه فى صورة متكاملة حيث الفقهاء يذكرون لفظ القصيل فى مواطن متفرقة ، ولأن من القصيل ما يثمر بطونا^(٢) ولأن المراد هنا بيعه مفردا ليقصل وليس المراد بيع الزرع حال كونه قصيلا ، ولأنه مما يهتم بمعرفة حكمه. يقول الحافظ عند شرحه لحديث المخاضرة «وبيع الزرع الأخضر مما يحصد بطنا بعد بطن مما يهتم بمعرفة الحكم فيه»^(٣).

إذا اتضح هذا فإن من مسائل ماله بطون. القصيل ، ومنه البرسيم فى

(١) المصباح المئزر ج٢ ص ٥٠٦ كتاب القاف. مختار الصحاح ص ٢٧٨ باب القاف. حاشية

الشروانى على التحفة ج٤ ص ٤٤٤ ، شرح النيل ج٨ ص ١١٩ ، ١٢٠.

(٢) وكونه مما يثمر بطونا هو الذى دفعنا إلى ذكره هنا لمناسبته لما قبله وهى الثمار التى تأتى بطنا بعد بطن.

(٣) فتح البارى ج٤ ص ٤٧٢.

مصر ، ومنه الرطبة ، والقضب ، والقت^(١) والكراث^(٢) ونحو ذلك مما يؤخذ
جزءة جزءة. والقصيل ونحوه مما تتصل بطونه لكنها تتميز كما فى بداية
المجتهد وغيره. يقول ابن رشد فيما يشمر بطونا: «... ثم ان اتصلت فلا
يخلو أن تتميز البطون أولا ، فمثال المتميز جز القصيل الذي يجز مرة بعد
مرة»^(٣).

أما عن الأحكام فسنعرضها من خلال أقوال الفقهاء على الوجه
التالى.

قول عكرمة: ورد عن عكرمة روايتان:

(١) ألت بالقاف والتاء المثناة: ما يقطع للدواب ، ويسمى القرط والرطبة. أسنى المطالب ج٢
ص ٩٧ ، تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٤٠ ، قال الأزهرى: ألت: حب بري لا ينبتة الأدمى فإذا
كان عام قحط وفقد أهل البادية ما يقتاتون به من لبن وتمر ونحوه: دقوه وطحنوه واجتزؤا
به على ما فيه من الحشونة ، المصباح المنير ج٢ ص ٤٨٩ كتاب القاف ، مختار الصحاح
٢٦٩ باب القاف ، وألت: هو القرط يفتح القاف أي العشب الذي تأكله الدواب. قال
عياض: وأراه ليس بعربى، وأما بضم القاف فعلى جعل فى ثقب الأذن للزينة ، جواهر
الاكلیل ج٢ ص ٦٣.

القضب والرطبة: القضب بالمعجمة الساكنة بعد القاف وزان فلس: الرطبة. وقال فى البارع:
القضب كل نبت اقتضب فأكل طريا ، المصباح المنير ج٢ ص ٥٠٧ كتاب القاف ، مختار
الصحاح ص ١٣٤ ، باب الراء ، ص ٢٧٨ باب القاف ، وفى التحفة: ان القضب هو ألت
فعندما يعطف عليه. فعطفه تفسير ، ويرادفه القرط والرطبة وكذلك الفصفة وهو علف
البهائم المعروف بالهرسيم ونحوه . تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٤٠ ، قليوبى وعميرة ج٢ ص ٢ ،
ص ٢٢٥ ، مختار الصحاح ص ٢٦١ باب الفاء «فصفصة». وفى الشرح: القضب يفتح
القاف وسكون الضاد المعجمة: ما يرعى من الحشيش ، أو كل ما ترعاه الدواب. الشرح
الصغير وعليه بلغة السالك ج٤ ص ٣٢٥ ، جواهر الاكلیل ج٢ ص ٦٣.

(٢) الكراث بالثلثة. والمراد به هنا هو ما يجز مرة بعد مرة. وهو المعروف فى مصر باسم
«الكراث المصرى» وهو بخلاف المعروف فيها أيضا «الكراث أبو شوشة» ويشبه الثوم وهو
يقلع ولا يجز، ومثل الكراث المصرى. الجرجير ، والكزبرة ، والبقدونس ، والشبث ونحو
ذلك مما هو معروف فى مصر.

(٣) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣٨ ، تهذيب الفروق ج٣ ص ٢٧٣ الفرق ١٩٣.

الرواية الأولى: كراهة بيع القصيل مطلقا سنبل أم لم يسنبل. ففي مجمع الزوائد: «عن ابن عباس قال: نهى رسول الله - ﷺ - عن المعاولة والمزابنة ، وكان عكرمة يكره بيع القصيل»^(١).

الرواية الثانية: كراهة بيع القصيل إذا سنبل ، وجواز بيعه إذا لم يكن قد سنبل. وهذه الرواية ذكرها الشوكاني ، وذكرها ابن حزم الظاهري مستدلا بها على مذهبه الموافق لها.

فقد روى عن أبي إسحاق الشيباني قال: «سألت عكرمة عن بيع القصيل فقال: لا بأس ، فقلت: أنه يسنبل فكرهه»^(٢).

قول سفيان الثوري ، وابن أبي ليلى:

يرى الثوري وابن أبي ليلى: أنه لا يجوز بيع القصيل بشرط القطع أو بشرط الترك وإنما يباع على الإطلاق. يقوم ابن حزم: «وقال سفيان الثوري ، وابن أبي ليلى: لا يجوز بيع القصيل لا على القطع ولا على الترك» ثم وصفه بقوله: «وقول هؤلاء أطرده ، وأصح في السنبل قبل أن يشتد»^(٣).

وذكر ابن قدامة قول سفيان فيما لو ترك حتى زاد: أن على المشتري أن يتصدق بالزيادة. «قال الثوري: إذا اشترى قصيلا بأخذ رأس ماله ويتصدق بالباقي»^(٤).

قول المذاهب:

قبل التعرض للمذاهب رأيت أن أذكر ما أشارت إليه بعض كتب

(١) مجمع الزوائد ج٤ ص ١٨٦ باب المعاولة والمزابنة.

(٢) نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦١ ، المحلى ج٧ ص ٣٠٩ مسألة ١٤٣٤.

(٣) المحلى السابق ص ٣١٠ مسألة ١٤٣٥ ، وانظر نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦١.

(٤) المغنى ج٤ ص ٢٢١ ، ٢٢٢ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٤٤ وما بعدها.

المقارنات من الخلاف.

فالمحافظ في الفتح يقول: «وبيع الزرع الأخضر عما يحصد بطناً بعد بطن مما يهتم بمعرفة الحكم فيه. وقد أجازته الحنفية مطلقاً وبشبه الخيار^(١) إذا اختلف. وعند مالك يجوز إذا بدا صلاحه وللمشتري ما يتجدد منه بعد ذلك حتى ينقطع ويغتفر الغرر في ذلك للحاجة وشبهه بجواز كراء خدمة العبد مع أنها تتجدد وتختلف، ويكرأ المرضعة مع أن لبنها يتجدد ولا يدري كم يشرب منه الطفل^(٢) وعند الشافعية^(٣) يصح بعد بدو الصلاح مطلقاً، وقبله يصح بشرط القطع^(٤)».

ويقول الشوكاني: «وأما بيع الزرع الأخضر، وهو الذي يقال له القصيل فقال ابن رسلان في شرح السنن: اتفق العلماء المشهورون على جواز بيع القصيل بشرط القطع، وخالف سفيان الثوري وابن أبي ليلى فقالا: لا يصح بيعه بشرط القطع. وقد اتفق الكل على أنه لا يصح بيع القصيل من غير شرط القطع. وحالف ابن حزم الظاهري فأجاز بيعه بغير شرط^(٥) تمسكا بأن النهي إنما ورد عن السنبيل قال ولم يأت في منع بيع الزرع مذبذبت

(١) وهذا كلام صحيح، ولاتناقض بينه وبين ما سبذكر عن الشوكاني، وابن حزم: أن الحنفية أجازوه بشرط القطع.

ووجه عدم التناقض: أن الإطلاق عند الحنفية محمول على القطع، والمنع عندهم البيع بشرط الترك.

(٢) أقول: وقد سبق فيما يثمر بطونا متصلة ولا تتميز أنه قول المالكية في هذه الثمار كالقثاء والخيار والقرع والباذنجان، والتين، والجميز والليمون ونحوه.

(٣) وهذه التفرقة للأصحاب، ولم أر في الأم إلا شرط القطع دون تفرقه، وسيأتي.

(٤) فتح الباري ج ٤ ص ٤٧٢.

(٥) فعلى هذا هو متفق مع سفيان وابن أبي ليلى المذكور قبله مع أنه ليس كذلك وقد تقدم قولهما. وأيضاً فإن مذهب ابن حزم ليس كذلك بل أجاز به بشرط القطع وبدونه كما سيأتي عند ابن حزم بل عنده تفصيل في غاية الأهمية.

إلى أن يسنبل نص أصلا»^(١).

وفى الشرح: «الرطوبة وما أشبهها مما ثبت أصوله فى الأرض ويؤخذ ما ظهر منه بالقطع مرة بعد أخرى كالنعناع والهندباء ، وشبههما لا يجوز بيعه إلا أن يبيع الظاهر منه بشرط القطع فى الحال ، وبذلك قال الشافعى ، وروى ذلك عن الحسن وعطاء ، ورخص مالك^(٢) فى شراء جزتين وثلاثا»^(٣).

ويقول ابن حزم فى مذهب الثلاثة وابن أبى ليلى ، والثوري: «ومنع أبو حنيفة ، ومالك والشافعى من بيع القصيل حتى يصير حبا يابساً ، ولم يأت بهذا نص أصلا - ثم تناقضوا فأجازوا بيعه على القطع ، وقال سفيان الثوري ، وابن أبى ليلى: لا يجوز بيع القصيل لا على القطع ولا على الترك - وقول هؤلاء أطرده ، وأصح فى السنبل قبل أن يشتد»^(٤). ثم انه تكلم عن حكم الزيادة عند اغفال المشتري عن القطع وعرض فيها مذهبه ، وخطأ كل من خالفه.

ونتقل الآن إلى بيان موقف المذاهب من واقع مصادر كل مذهب.

مذهب الحنفية:

يمكن عرض مذهب الحنفية على الوجه التالى:

١- يجوز بيع القصيل عندهم جزء جزء بشرط القطع ، ومطلقا لا بشرط التبقية والاطلاق عند الحنفية محمول على القطع.

(١) نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦١.

(٢) ما ذكره هنا عن مالك ليس مذهبا له. وإنما هي رواية ضعيفة ضعفها ابن رشد ، وسيأتى فى مذهب المالكية.

(٣) الشرح الكبير للمقدسى ج٤ ص ٤١٧ ، والمغنى ج٤ ص ٢٢٦ ، وانظر. قول عطاء فى الأم ج٣ ص ٦٨ مجلد ٢ باب بيع القضب والقرط ، ص ٤٩ باب الوقت الذى يحل فيه بيع الشمار.

(٤) المحلى ج٧ ص ٣١٠ مسألة ١٤٣٥.

وقد فرق الحنفية بينه وبين الصوف على الظهر حيث لا يجوز بيعه في ظاهر الرواية. بأن القصيل يمكن قلعه فلاتنازع.

صرحوا بذلك عند كلامهم عن مفسدات البيع ومنها الغرر ، ومن أمثله بيع الصوف على الظهر في ظاهر الرواية .

يقول الباهرتي: « فان قيل القصيل كالصوف وجاز بيعه أجاب بأن القصيل وإن أمكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع فيقطع ، وأما القطع في الصوف فتعين إذا لم يعهد فيه القلع أى التفت فبعد ذلك يقع التنازع في موضع القطع» (١).

والخلاصة:

أنه يجوز بيع القصيل لأنه يقطع بخلاف الصوف على ظهر الغنم في ظاهر الرواية لأنه يقطع ، ولأن الصوف لا يمكن جزه من أصله من غير ضرر يلحق الشاة بخلاف القصيل قائما في الأرض (٢).

وأما أنه لا يجوز بيعه على التبقية ، وإنما بشرط القطع أو مطلقا فقد مرّ الكلام عندهم فيه في حكم بيع الثمر والزرع مفردا بعد ظهوره.

وقد عاب ابن حزم عليهم البيع على القطع. فقال: «ثم أجازوا بيع القصيل على القطع والثمرة التي لم يبد صلاحها على القطع ، وأجازوا بيع جذل نخلة على ظهر الأرض ولم يرو قطعه غررا ، ولا عملا مشروطا يفسر البيع» (٣).

٢- إذا اشترى القصيل بشرط القطع أو مطلقا فانه يمتنع التأخير ،

(١) شرح العناية ج٦ ص ٥١.

(٢) الهداية وفتح القدير ج٦ ص ٥١ ، بدائع الصنائع ج٥ ص ١٤٨ ، تبين الحقائق وحاشية الشلبي ج٤ ص ٤٦.

(٣) المحلى ج٧ ص ٢٩٦ مسألة ١٤٢٧.

ويجبر المشتري على القطع تفريفاً لملك البائع ، ومفاد الجبر كما فى حاشية ابن عابدين: أنه لا خيار للمشتري فى ابطال البيع إذا امتنع البائع من ابقاء الزرع فى الأرض.

وجبر المشتري على القطع إنما هو عند عدم إذن البائع بالتأخير ، فإن أذن له فلا كلام وعند عدم الاذن وعدم القطع إن حدثت زيادة كطول العود وغلظة فإن البيع لا يبطل ، وإنما يتصدق بها المشتري لحصولها بأمر محظور.

أما إن أذن له البائع ولو إلى الادراك طاب الفضل للمشتري ، وكذا إذا اشترى القصيل بعد ماتناهى عظمه يجب القطع فى الحال عند جمهورهم تفريفاً لملك البائع فإن تركه طاب الفضل ولم يتصدق بشئ: سواء كان الترك بأذن البائع أم لا ، لأنه لازيادة وإنما هو تغير وصف^(١).

وحكى ابننا قدامة عن محمد بن الحسن أن الزيادة لهما ويتصدقان بها لأن عين المبيع زاد بجهة محظورة^(٢).

وقال أبو الليث: فإن خاف أن يرجع البائع فى إذنه يقول: على أنى متى رجعت فى الاذن تكون مأذونا فى الترك^(٣).

وتعرف الزيادة بالتقويم ، فتقوم بيوم البيع ثم بيوم الادراك ، وماتفاوت بينهما يكون زائداً فيتصدق به المشتري ، أى يتصدق بفضله ما بينهما فى الحالة التى أوجبوا عليه التصديق فيها وهي إذا لم يأذن البائع بالتأخير ، وكان الزرع لم يتناه عظمه^(٤).

(١) حاشية ابن عابدين ومعها الدر المختار ج٤ ص ٤٠ ، ٤١ ، الاختيار ج٢ ص ٦ ، بدائع الصنائع ج٥ ص ١٧٣ ، الهداية وشرح فتح القدير وشرح العناية ج٥ ص ٤٨٩ ، تبين الحقائق ج٤ ص ١٢ ، مجمع الأنهر ج٢ ص ١٧.

(٢) المغنى ج٤ ص ٢٢٢ ، والشرح ج٤ ص ٢٤٧ وما بعدها.

(٣) الدر المنتقى ومجمع الأنهر ج٢ ص ١٧ ، ١٨.

(٤) الدر المنتقى ومجمع الأنهر السابق ، حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤١ ، شرح العناية (=)

وهذه الزيادة هي التي تكلم عنها ابن حزم في مذهب الحنفية إلا أنه ذكر أن أبا حنيفة رجع عن قوله أنها للمشتري وقال: أنها للبائع. وخطأه في الأول ، وصححه في الثاني. يقول ابن حزم: «وقال أبو حنيفة: للمشتري المقدار الذي اشترى ويتصدق بالزيادة - ويروى عنه أنه رجع فقال: للمشتري المقدار الذي اشترى ، وأما الزيادة للبائع ... وأما قول أبي حنيفة فخطأ لأن الزيادة إذا جعلها للمشتري فلأى شيء يأمره بالصدقة بها دون أن يأمره بأن يتصدق بالقدر الذي اشترى وكلاهما له. وأما القول الذي رجع إليه من أن الزيادة للبائع: فصحيح إذا قامت البيئة بها وبمقدار ما اشترى»^(١).

وما تقدم كان عن الزيادة في ذات المبيع كالطول في العود أو غلظه. وأما إن كانت الزيادة بظهور أولاد لم تكن ظاهرة وقت الشراء فلم أر للحنفية نصاً فيها. إلا أنه إذا اعتبرناها كالثمرة الحادثة بعد الشراء. فإن الحكم يكون كالاتي:

أ- يصح البيع في الأحوال الآتية:

- ١- إذا عرف الحادث من الموجود الذي وقع عليه البيع.
 - ٢- إذا لم يعرف الحادث من الموجود ، وحلل البائع للمشتري الزيادة^(٢) ، وذلك قبل التخلية بين المشتري وبين ما اشتراه.
- (=) ج ٥ ص ٤٨٩ ، ٤٩٠ ، وراجع ما سبق عندهم في شرط القطع في الحال في حكم البيع بعد الظهور وقبل بدو الصلاح ص ١٨٨ من البحث.
- (١) المحلى ج ٧ ص ٣١٠ ، ٣١١ مسألة ١٤٣٥.
- (٢) في نص الحافظ في الفتح السابق ذكره أول المسألة: أن الحنفية أجازوا بيع القصيل مطلقاً وبثبت الخبر عند الاختلاف.
- أقول: لعله خيار البائع في هذا النوع من الزيادة حيث أن البائع مخير بين امضاء البيع بحله الأولاد للمشتري. أو عدم حلها فيفسخ البيع. وهذا قبل التخلية.
- وأيضاً فقول ابن حزم أن أبا حنيفة رجع عن قوله: أن الزيادة للمشتري وقال: أنها للبائع.
- أقول: لعلها هذا النوع من الزيادة لأنها هي التي للبائع كما هو ظاهر.
- لاحظ نص ابن حزم السابق في حكايته لمذهب أبي حنيفة والرد عليه.

٣- إذا حدثت الزيادة بعد التخلية حتى ولو اختلطت لأن التخلية قبض وحكم البيع يتم ويتناهى بالقبض. وهما شريكان في الموجود والحادث لاختلاط ملك أحدهما بالآخر اختلاطا لا يمكن التمييز بينهما فكان الكل مشتركا بينهما. والقول قول المشتري في المقدار مع يمينه لأن اليد له.

ب- يبطل البيع إذا حدثت الزيادة قبل التخلية واختلطت فلم تعرف ، ولم يحلل البائع الحادثة للمشتري. لتعذر التسليم بسبب الاختلاط وعدم التمييز ، وهو ظاهر المذهب والصحيح^(١).

مذهب المالكية:

١- المشهور في مذهب المالكية أنه لا يجوز بيع القصيل مفردا إلا بشرط القطع.

يقول ابن جزى: «وإنما يجوز بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها على شرط القطع إن كان مما ينتفع به كالقصيل وغيره. فان شرط فيها التبقية لم يجز البيع ، وإن سكت عن التبقية والقطع فقولان. فان اشتراها قبل بدو الصلاح على شرط القطع ثم أبقاها انفسخ البيع ، وإن اشترى الأرض بعد ذلك جاز تبقية الزرع»^(٢).

٢- أما عن بيع أكثر من جزء فلامام مالك روايتان:

(١) بدائع الصنائع ج٥ ص ١٧٣ شرح العناية ج٥ ص ٤٩١ ، الاختيار ج٢ ص ٧ ، الدر المنتقى ومجمع الأنهر ج٢ ص ١٧ ، ١٩ ، شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩١ ، ٤٩٢ ، الهداية ج٥ ص ٤٩٢ ، تبين الحقائق ج٤ ص ١٢ ، حاشية ابن عايد ج٤ ص ٤١ ، ٤٠.

ولاحظ مذهب الحنفية في المطلب السابق «حكم البيع والثمرة إذا اشتراها وتركها حتى حدثت أخرى» ص ٥٣٥ من البحث.

(٢) القوانين الفقهية ص ٢٢٥. وانظر. شرح الخرشى وحاشية العدوى ج٥ ص ١٨٦ مجلد ٣/ وقد سبق تفصيل ذلك مقارنا في حكم البيع قبل بدو الصلاح.

إحداهما: وهي مشهور المذهب أنه لا يجوز بيعه إلا جزء واحدة.

وحجة هذه الرواية: أنه لا ضرورة في بيعه أكثر من بطن واحد إذ بطونه متميزة.

الثانية: يجوز بيع القصيل أكثر من بطن. وهذه الرواية اعتمدت على إلحاق القصيل بالثمرة التي لا تتميز كالقشاة. وهو تشبيه ضعيف كما قال ابن رشد.

يقول ابن رشد في حكم بيع ما يثمر بطونا: «... ثم إن اتصلت فلا يخلو أن تتميز البطون، أو لا. فمثال التمييز جز القصيل الذي يجر مرة بعد مرة». ثم يذكر حكمه فيقول: «ففي الذي يتميز عنه وينفصل روايتان: أحدهما الجواز. والأخرى المنع» ثم يذكر الدليل فيقول: «وحجة مالك أن الأصل عنده أن من الفرر ما يجوز لموضع الضرورة، ولذلك منع على أحد الروایتين عنده بيع القصيل بطنا أكثر من واحد، لأنه لا ضرورة هناك إن كان متميزا، وأما وجه الجواز في القصيل فتشبيها له بما لا يتميز، وهو ضعيف»^(١).

ومشهور مذهب المالكية يتفق مع الجمهور. الكوفيون، وأحمد، وإسحاق، والشافعي. أما الرواية الثانية فمخالفة للجمهور. وحجة الجمهور: أنه عندهم من بيع مال يخلق، ومن باب النهي عن بيع الثمار معاومة^(٢).

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٨، وانظر. تهذيب الفروق ج ٣ ص ٢٧٣ الفرق ١٩٣، القوانين الفقهية ص ٢٢٥.

(٢) بداية المجتهد، وتهذيب الفروق السابقين.

المناقشة :

والرواية الضعيفة عول عليها الحافظ في الفتح^(١) وإبنا قدامة في المغنى والشرح وحكوها مذهباً لمالك. وتولى مناقشتها ابنا قدامة ، وابن حزم. «ورخص مالك في شراء جزتين وثلاثاً. ولا يصح ذلك لأن ما فى الأرض منه مستور ، وما يحدث منه معدوم فلا يجوز بيعه كما لا يجوز بيع ما يحدث من الثمرة»^(٢).

وناقشها ابن حزم أيضاً عند عرضه لمذهبه مقرونا بمذهب مالك فقال: «ويجوز بيع ما ظهر من المقائى - وإن كان صغير جداً - لأنه يؤكل ولا يحل بيع ما لم يظهر بعد من المقائى والياسمين والنور ، وغير ذلك ، ولا جزء ثانية من القصيل لأن كل ذلك بيع ما لم يخلق - ولعله لا يخلق - وإن خلق فلا يدري أحد غير الله تعالى ما كميته ولا ما صفاته فهو حرام بكل وجه ، وبيع غرر وأكل مال بالباطل. وأجاز مالك كل ذلك وما نعلم له فى تخصيص هذه الأشياء سلفاً ، ولا أحد قاله غيره قبله ، ولا حجة»^(٣).

حكم البيع إذا ترك حتى زاد :

وعلى مشهور المذهب فى أنه لا يجوز بيع القصيل إلا جزء واحدة على القطع: أنه إن تأخر القطع حتى زاد القصيل فسخ البيع وترادى المبيع والثمن. فالمالكية يرون جواز التأخير لوقت قريب ، وحد القرب أن لا يزيد الزرع أي لا ينتقل عن طور إلى طور آخر ، فإن انتقل عن طوره إلى طور آخر انفسخ البيع^(٤).

(١) لاحظ نص الحافظ فى الفتح أول المسألة.

(٢) الشرح الكبير ج ٤ ص ٢١٨ ، والمغنى ج ٤ ص ٢٢٦.

(٣) المحلى ج ٧ ص ٣١١ مسألة ١٤٣٦ ، وانظر فى هذا المعنى: الأم ج ٢ ص ٤٩ مجلد / ٢ ، ص ٨٤.

(٤) القوانين ص ٢٢٥ ، كفاية الطالب على الرسالة ج ٢ ص ١٤٨ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٧٧ ، شرح الخرشى وحاشية العدوى ج ٥ ص ١٨٥ مجلد / ٣.

المناقشة :

والقول بانفساخ البيع بالزيادة ناقشها ابن حزم بقوله: «واختلفوا إن ترك الزرع فردا. فقال مالك يفسخ البيع جملة ... قال أبو محمد: أما فسخ مالك للمبيع فقول لادليل على صحته أصلا ، ولأي معنى يفسخ بيعا وقع علي صحة باقراره؟ هذا مالا يجوز إلا بقرآن أو سنة»^(١).

حكم خلفه القصيل :

الخلفة بكسر الحاء: ما يخلق من الزرع بعد جزه. وكل شئ خلف شيئا فهو خلفته^(٢).

ويرى المالكية جواز اشتراط خلفه القصيل قبل وجودها عند شراء القصيل كمايجوز شراؤها أيضا قبل وجودها بعد شراء القصيل.

فان قيل: لماذا لا تكون كالبطن الثانية في المنع ، فالجواب: أن خلفه القصيل إنما تخلفت مما بقى من القصيل بخلاف البطن الثانية في الثمر^(٣).

وخلفه القصيل لا تدخل في البيع إلا بالشرط. لأن القصيل هو الذي يقصل ويجز من الزرع فلا يتناول العقد عليه خلفته فليس لمشتريه إلا الجزء الأولى التي وقع العقد عليها إلا بشرط من مشتريه^(٤).

(١) المحلى ج٧ ص ٣١٠ ، ٣١١ مسألة ١٤٣٥.

(٢) شرح الحرثي ج٥ ص ١٨٢ مجلد / ٣ ، الشرح الكبير ج٣ ص ١٧٢ ، وفي مختار الصحاح ص ١٠٤ باب الحاء ، والمصباح ج١ ص ١٨٠ كتاب الحاء «والخلفة وزان سدره: نبت يخرج بعد النبت ، وكل شئين اختلفا فهما خلفان».

(٣) شرح الحرثي وحاشية العدوي ج٥ ص ١٨٥ ، ١٨٦ مجلد / ٣ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج٣ ص ١٧٧ ، ١٧٨ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوي ج٤ ص ٣١٣ ، ٣١٥.

(٤) جواهر الاكلیل ج٢ ص ٥٩ ، شرح الحرثي وحاشية العدوي السابق ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج٣ ص ١٧٣.

شرط اشتراط الخلفة^(١):

الشرط الأول: أن تكون مأمونة بأن تكون فى بلد السقى لافى بلد المطر، أى كزرع بلد يسقى بغير مطر ، كأرض النيل.

الشرط الثانى: أن يشترط كل الخلفة لابعضها ، لأن التبويض يدل على قصدھا بالعقد فيمنع.

الشرط الثالث: أن لا يشترط تركھا فى الأرض حتى تحبب. لأنه حينئذ بيع للحب قبل وجوده وهو لا يجوز. هكذا فى الشرح والدسوقى.

وصرح الخرشى بأنه من شروط الأصل أيضا حيث قال: «الثالث: أن لا يشترط ترك الأصل إلى أن يحبب لأنه حينئذ لاخلفة له ، ولأنه بيع الحب قبل وجوده ، وكذلك لابد أن لا يشترط ترك الخلفة إلى أن تحبب للعلّة المذكورة».

الشرط الرابع: أن يبلغ الأصل وهو القصيل حين العقد عليه حد الانتفاع به قاله فى المدونة أى يبلغ أن برعى أو يحصد.

قال فى الشرح: الشرط الثالث والرابع شرطان فى بيع الأصل وفى الخلفة أولى.

وفى البنانى كما فى الدسوقى: أن هذين الشرطين كما جعلهما فى المدونة شرطين لاشتراط الخلفة كذلك جعلهما شرطين فى جواز شراء القصيل. أ.هـ.

قال الدسوقى: لكن جعلهما شرطين فى اشتراط الخلفة غير ظاهر لأن اشتراط الخلفة فرع جواز شراء القصيل ، فالقصيل الذى اشتراه على الجذاذ

(١) هكذا تعبیر شراح خليل ، وإن كان بعض هذه الشروط يراها بعضهم غير ظاهرة فى الخلفة وإنما هي فى الأصل أعنى فى القصيل الذى هو أصل الخلفة.

بلغ حد الانتفاع به بأن بلغ أن يرعى فهو الذي يجوز اشتراط خلفته ، وإن كان لم يبلغ أن يرعى فلا يجوز شراؤه أصلا فضلا عن اشتراط خلفته لأن في قطعه حينئذ فسادا ، وكذلك إذا بلغ حد الانتفاع به ، وأراد شراؤه علي التبقية في أرضه حتي يحجب فانه لايجوز شراؤه أصلا فضلا عن اشتراط خلفته. فالحق أن الشرطين الآخرين -الثالث والرابع- ليسا معتبرين أصالة في شراء الخلفة بل في شراء الأصل بخلاف الشرطين الأولين -الأول والثاني- فتأمل.

والشرط الرابع كما في العدوى: يفيد أنه إذا اشترى القصيل على القطع بشروطه فلا يجوز اشتراط خلفته. ولعل وجهه أن الخلفة تكون حينئذ مقصودة بالبيع كالأصل أو أعظم فبيع البيع على مالم يعلم قصدا ، وأما إذا بلغ حد الانتفاع فهي حينئذ تبع.

وذكر الدسوقي: أنه إذا خرج القصيل من الأرض ولم يبلغ أن يرعى أو يحصد لم يجز شراؤه حتى يبلغ أن يرعى أو يحصد ، ولايجوز شراء قصيل أو قرط أو قضب قد بلغ أن يرعى أو يحصد على أن يترك حيث يحجب أو يتركه شهرا إلا أن يبدأ الآن في قصله فيتأخر شهرا وهو دائم فيه.

وفي العدوى والدسوقي: أن الشروط الأربعة إنما هي في اشتراط الخلفة حين العقد على الأصل وهو القصيل. وأما شراؤها بعد أن يشتري أصلها فالظاهر أنه لايشترط فيه الشروط كلها ، وإنما يشترط الشرط الأول فقط «كونها مأمونة بأرض سقى لايمطر» هكذا في عبد الباقي. وردّه البناني قائل: هذا غير صحيح بل لابد من اشتراط جميعها لأن الأخيرين -الثالث والرابع- شرطان في جواز شراء القصيل وجواز شراء الخلفة فرع منه ، وما كان شرطا في الأصل يعتبر في الفرع ، وأما الأولان -الأول والثاني- فاشتراطهما في الخلفة ظاهر.

الشرط الخامس: يرى العدوى والدسوقي أنه لا بد من شرط آخر: أنه لا بد أن يشتري الخلفة قبل جذاذ الأصل لابعده لأنه غرر غير تابع بل مقصود. يقول الدسوقي: «وأما شراؤها بعد شراء أصلها وبعد جذه فهو ممنوع لأنه غرر غير تابع بل مقصود». ويقول العدوى: «ولا بد أن يشتريها قبل جذاذ الأصل لابعده لأنه غرر غير تابع»^(١). وعن هذه الشروط.

جاء في الجواهر: «القصيل بالقاف وإهما الصاد أي الذي يقصل ويجز من الزرع فلا يتناول العقد عليه خلفته فليس لمشتريه إلا الجزء الأولى التي وقع العقد عليها إلا بشرط من لمشتريه بشرط كونها مأمونة بأن كانت بأرض سقى بغير مطر ، واشتراط جميعها»^(٢).

وفي الخرشى: «فان تميزت بطونه كالتقضب والقرط فلا تدخل خلفته إلا بشرط في الأرض المأمونة كأرض النيل لا المطر»^(٣).

وفي موطن آخر: «والمعنى أن العقد على القصيل كالتقضب والقرط وما أشبه ذلك لا يتناول خلفته ولا تكون للمشتري إلا بالشرط لأن خلفه القصيل كالבطن الثاني^(٤) ويجوز اشتراط الخلفة بشروط. أحدها: أن تكون مأمونة بأن تكون في بلد السقى لا في بل المطر . الثاني: أن يشترط كل الخلفة لابعضها ، الثالث: أن لا يشترط ترك الأصل إلى أن يحبب لأنه حينئذ لاخلفة له ، ولأنه بيع الحب قبل وجوده ، وكذلك لا بد أن لا يشترط ترك الخلفة إلى أن تحبب للعلة المذكورة. الرابع: أن يبلغ الأصل حد الانتفاع قاله في

(١) انظر في التعليق على هذه الشروط. حاشية العدوى على الخرشى ج ٥ ص ١٨٢ .

١٨٣ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ١٧٢ ، ١٧٣ .

(٢) جواهر الاكلیل ج ٢ ص ٥٩ .

(٣) شرح الخرشى ج ٥ ص ١٨٥ ، ١٨٦ .

(٤) ولا يدخل البطن الثاني بشراء البطن الأول هذا معناه. العدوى على الخرشى ج ٥ ص

١٨٢ ، حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٧٣ .

المدونة» (١).

وعبارة الشرح: «إذا عقد علي قصيل كقضب وبرسيم فلا يندرج فيه خلفته وليس للمشتري إلا الجذة الأولى التي وقع عليها العقد إلا لشرط. ويجوز اشتراطها بأربعة شروط: أن تكون مأمونة كبلد يسقى بغير مطر ، وأن يشترط جميعها وأن لا يشترط تركها حتى تحبب ، وأن يبلغ الأصل حد الانتفاع به لاشتراط هذين الشرطين في بيع الأصل ففي الخلفة أولى» (٢).

شرط في بيع البرسيم:

يذكر العدوى في شروط بيع الزرع القائم في الأرض: أن البرسيم يشترط فيه بيعه جزافا فلا يجوز بيعه بالفدان كما لا تجوز قسمته كذلك ، إلا إن جزر ما فيه من الأحمال إذا بيع على الرعي (٣).

أقول: وهذا يخالف ما جرى عليه عرف أهل مصر فانهم يبيعونه بالقبراط وبالفدان ، ولا يبيعونه جزافا إلا في حالات قليلة عندما يكون البرسيم ردينا تأكله الغنم والماشية مباشرة من على وجه الأرض.

مذهب الشافعية:

بالنظر في مصادر الشافعية رأينا مذهبهم في بيع القصيل ونحوه بما يجز مرة بعد مرة كالآتي:

١- أنه لا يجوز بيعه إلا جزء جزء بشرط القطع إذا لم يكن قد بدا صلاحه ، فلا يجوز بيعه على الترك ولا على الإطلاق لأن الإطلاق عندهم محمول على التبقية كما مر في البيع قبل بدو الصلاح (٤) أما بعد بدو

(١) شرح الحرشي السابق ص ١٨٢ ، ١٨٣.

(٢) الشرح الكبير ج ٣ ص ١٧٣.

(٣) العدوى على الحرشي ج ٥ ص ٢٤ مجلد / ٣.

(٤) وهذا هو ما نقله ابننا قدامة عن الشافعي، المغنى ج ٤ ص ٢٢٦، والشرح ج ٤ ص ٤١٧ (=)

الصلاح فيصح بيعه مطلقا أعنى بشرط القطع ، وبشرط الترك ، وعلى الاطلاق لأن الاطلاق عندهم بعد بدو الصلاح محمول أيضا على التبقية كما مر فى البيع بعد بدو الصلاح^(١).

٢- إذا اشترى وتركه حتى زاد ، فالقول فى حكم البيع ، وحكم الزيادة كالقول فى شراء الشمرة وتركها حتى حدثت ثمرة أخرى^(٢) هكذا صرحوا بل ان الماوردى قال معلقا على المزنى فى مختصره «فضمها المزنى إلى مسألة الثمر»^(٣) ، ويقول العبادى «فى الروض وشرحه: ولو اشترى جزء من الرطبة بشرط القطع فطالت وتعذر التمييز فكاختلط الثمر فيما ذكر»^(٤) ، وفى التحفة «ويجرى ما ذكر فى شراء الزرع»^(٥) بشرط القطع ولم يقطع حتى طال وتعذر التمييز»^(٦).

وحول هذين الأمرين يدور كلام الشافعية.

- (١) ونقله ابن حزم الظاهرى فى المحلى ج٧ ص ٣١٠ مسألة ١٤٣٥ ، وانظر بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣٨ ، وتهذيب الفروق ج٢ ص ٢٧٣ الفرق ١٩٣ .
- (٢) والتفرقة بين ما قبل بدو الصلاح وما بعده ذكرها الحافظ فى الفتح أيضا: «وعند الشافعية يصح بعد بدو الصلاح مطلقا ، وقبله يصح بشرط القطع» فتح البارى ج٤ ص ٤٧٢ وقد سبق نصه كاملا فى حكاية الخلاف أول المسألة.
- (٣) وهذه المسألة قد مرت فى المطلب السابق.
- (٤) «قال المزنى: قال الشافعى رحمه الله: هكذا قال يعنى الشافعى: فيمن باع قرطا جزء عند بلوغ الجزاء ، فتركه المشتري حتى زاد ، كان البائع بالخيار فى أن يدع له الفضل الذى له بلا ثمن أو ينقص البيع» مختصر المزنى مع الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٠٧ ونسخة مستقلة ج٨ ص ١١٧ ، «قال الماوردى: وصورتها: فيمن ابتاع قرطا جزء يعنى: علفا بشرط الجزاء أو ما جرى مجراه من البقول التى تباع جزا ، فأخر المشتري جزءه حتى طالت فقد حدثت زيادة غير متميزة ، فضمها المزنى إلى مسألة الثمر ، فاختلف أصحابنا ...» الحاوى السابق ص ٢٠٨.
- (٥) حاشية العبادى على التحفة ج٤ ص ٤٧٠ ، ذكره فى مسألة اختلاط الشمرة الحادثة بالمتقدمة إذا اشترى ثمرا وتركه حتى حدثت أخرى. وانظر. أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٩.
- (٦) أى كجزء من القت ، ومنه الهرسيم الأخضر ، حاشية الشروانى ج٤ ص ٤٧٠.
- (٧) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٧٠.

الأمر الأول: ونستأنس فيه بنصين أحدهما للتحفة ، والثانى للأم. قال فى التحفة: « ويحرم ولا يصح بيع الزرع الأخضر ولو بقلا - أي ولو كان البقل يجز مرارا - ^(١) لم يبد صلاحه فى الأرض إلا بشرط قطعه أو قلعه جميعه للنهى فى خبر مسلم عن ذلك. فان باعه وحده من غير شرط قطع أو قلع أو بشرط ابقائه أو بشرط قطع أو قلع بعضه لم يصح البيع ، ويأثم لتعاطيه عقدا فاسدا ، فان بيع مع الأرض أو بيع وحده بقل بعد بدو صلاحه ، أو زرع بعد اشتداد الحب أو بعضه ولو سنبله واحدة جاز بلا شرط كببيع الثمرة مع الشجرة فى الأول ، وكبيع الثمرة بعد بدو الصلاح فى الثانى ... » ^(٢).

أقول: فهذا النص وغيره مما لم نذكره يفيد الآتى:

١- حرمة بيع القصيل ونحوه مما يجز مرارا بل وعدم صحته إذا لم يبد صلاحه فى الأرض إلا بشرط قطعه أو قلعه ، وأنه لا بد من شرط قطعه أو قلعه جميعه. وذلك عملا بأحاديث النهى عن بيع الثمار والزرع قبل بدو صلاحها. فان باعه وحده من غير شرط قطع أو قلع أو بشرط ابقائه ، أو بشرط قطع أو قلع بعضه لم يصح البيع ويأثم لتعاطيه عقد فاسدا.

٢- يجوز بيع القصيل بدون شرط القطع إن بيع مع الأرض أو بيع وحده بعد بدو صلاحه قياسا على الثمر.

أما نص الأم. فقد تكلم الشافعى عن حكم بيع ما يجز مرة بعد مرة فى مواضع متفرقة وإن كانت لا تختلف كثيرا عن المقصود.

ففى موضع يقرر عدم جواز بيع القصيل إلا على القطع سواء كان مما يستخلف أم لا. « ولا يجوز بيع القصيل إلا على أن يقطع مكانه إذا كان القصيل مما يستخلف ، وإن تركه انتقض فيه البيع لأنه يحدث فيه ما ليس

(١) الشروانى على التحفة السابق ص ٤٦٣.

(٢) تحفة المحتاج السابق ص ٤٦٣ ، ٤٦٤ ، وقد مرّ تفصيل ذلك مقارنا فى حكم البيع قبل بدو الصلاح ، وبعدة.

فى البيع. وإن كان القصيل مما لا يستخلف ولا يزيد لم يجز أيضا بيعه إلا على أن يقطعه مكانه ، فان قطعه أو نتفه فذلك له وإن لم ينتفه فعليه قطعه إن شاء رب الأرض والثمرة له لأنه اشترى أصله ، ومتى شاء رب الأرض أن يقلعه عنه قلعه ، وإن تركه رب الأرض حتى تطيب الثمر فلا بأس ، وليس للبائع من الثمرة شيئ»^(١).

وفى موضع يقرر أنه لا يجوز بيعه إلا جزء واحدة أخذا بقول عطاء «عن ابن جريج عن عطاء أنه قال فى القضب لا يباع إلا جزء أو قال صرمة» قال الشافعى: وبهذا نقول: لا يجوز أن يباع القرط إلا جزء واحدة عند بلوغ الجزاز. ويأخذ صاحبه فى جزاة عند ابتياعه فلا يؤخره مدة أكثر من قدر ما يمكنه جزازه فيه من يومه ...»^(٢).

وفى موضع ثالث «قال: أخبرنا سعيد عن ابن جريج أنه قال لعطاء فما لا يؤكل منه الحناء والكرسف - الكرسف القطن - والقضب؟ قال: نعم لا يباع حتى يبدو صلاحه ... قال: أخبرنا سعيد عن ابن جريج أنه قال لعطاء: القضب يباع منه؟ قال: لا ، إلا كل صرمة عند صلاحها ، فانه لا يدري لعله تصيبه فى الصرمة الأخرى عاهة ... قال: وكل ما قطع من أصله مثل القضب فهو كذلك لا يصلح أن يباع إلا جزء عند صرامه ، وكذلك كل ما يقطع من أصله لا يجوز أن يباع إلا عند قطعه لا يؤخره عن ذلك ، وذلك مثل القضب والبقول والرياحين والقصل وما أشبهه ...»^(٣).

ويجبر المشتري على القطع وفاءً بالشرط إلا إن رضى البائع بالترك وهذا ظاهر فى النص الأول هنا عن الأم. وذكره الشروانى وغيره^(٤).

(١) الأم ج ٣ ص ٧٤ مجلد ٢ باب بيع الآجال.

(٢) المصدر السابق ص ٦٨ باب بيع القضب والقرط.

(٣) المصدر السابق ص ٤٩ باب الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار. وظاهر النصوص الثلاثة عدم التفرقة فى القطع سواء كان البيع قبل بدو الصلاح أم بعده. وانما ذكرها الأصحاب.

(٤) حاشية الشروانى ج ٤ ص ٤٦٩ ، ويقول النووى فى شرح مسلم ج ١٠ ص ١٨١ (=)

لا يجوز البيع إلا جزء واحدة ودليله:

وبناء على ما سبق يتضح أنه لا يجوز بيع القصيل إلا جزء واحدة ،
وبشرط القطع إن كان لم يبد صلاحه.

أما شرط القطع فلنفيه - عنه - عن بيع الثمر والزرع قبل بدو الصلاح
مخافة أن تصيبه العاهة ، وبشرط القطع تنتفى هذه العلة ، فيجوز بشرط
القطع ، وكما قالوا: شرط القطع خص بما يشبه الاجماع.

وأما كون البيع لا يصح إلا في جزء واحدة: فلأنه يحدث فيه ما ليس في
البيع^(١) ولأنه لا يدري لعله تصيبه في الصرمة الأخرى عاهة^(٢) ولأنه قياس
الأولى « وإذا حرم رسول الله - ﷺ - بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها وهي
ترى. كان بيع مال يرمى ، ولم يبد صلاحه أحرم لأنه يزيد عليها أن لا يرى ،
وان لم يبد صلاحه فيكون المشتري اشترى قضا طول ذراع أو أكثر فيدعه
فيطول ذراعا مثله أو أكثر فيصير المشتري أخذ مثل ما اشترى مما لم يخرج
من الأرض بعد ، ومما إذا خرج لم تقع عليه صفقة البيع » ثم يقول الشافعي
« وإذا أبطنا البيع في القضب على ما وصفنا كان أن يباع القضب سنة أو
أقل أو أكثر أو صرمتين أبطل لأن ذلك بيع مال يخلق ، ومثل بيع جنين
الأمه ، وبيع النخل معاومة ، وقد نهى رسول الله - ﷺ - عنه ، وعن أن

(١) قال أصحابنا: ولو شرط القطع ثم لم يقطع فالبيع صحيح ويلزمه البائع بالقطع فان
تراخيا على إبقائه جاز » وهذا هو قول الجمهور: أنه يجبر على القطع عند عدم التراضي.
وقيل: للمشتري الخيار. والصحيح الأول كما في الأسنى وحاشية الرملى ج ٢ ص ١٠٣ ،
وانظر المحاوى الكبير ج ٦ ص ٢٢٩ ، شرح المعلى وحاشية عميرة ج ٢ ص ٢٢٣ ، روضة
الطالبين ج ٣ ص ٢١٠ ، البيان ص ١٥٣ ، تحفة المحتاج وحاشيتي الشرواني والعبادي
ج ٤ ص ٤٦١ ، والعبادي أيضا في ص ٤٧١ ، وقد مر تفصيله في الشرط السابع من
شروط صحة البيع قبل بدو الصلاح بشرط القطع ص ١٩٠ من البحث.

(١) الأم ج ٣ ص ٨٤ مجلد ٢ باب بيع الآجال.

(٢) المصدر السابق ص ٤٩ باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار.

يجوز منه من الثمرة ثمرة قد رويت إذا لم تصر إلى أن تنجو من العاهة»^(١).

الفرق بين ما قبل البدو ، وما بعده :

سبق أن بيع القصيل قبل بدو الصلاح لا يصح إلا بشرط القطع ويجبر المشتري عليه ما لم يرض البائع بالترك دون ما بعده^(٢) والفرق أنه قبل بدو الصلاح لا يؤمن اختلاطه بخلاف ما بعده فانه يؤمن اختلاطه. وطريق شرائه للرعي أن يشتري بشرط القطع ثم يستأجر الأرض مدة يتأني فيها رعيه ، وفي هذه تكون الرية للمشتري يقول الشرواني «ومثاله للزرع بيع البرسيم ونحوه فلا يصح إلا بشرط القطع لأنه مما يغلب فيه التلاحق بزيادة طوله واشتباء المبيع بغيره. وطريق شرائه للرعي أن يشتري بشرط القطع ثم يستأجر الأرض مدة يتأني فيها رعيه ، وفي هذه تكون الرية للمشتري. أما إن اشتراه بشرط القطع وآخر بالتراضي أو دونه فالزيادة للبائع حتي السنايل. فان بلغ البرسيم إلى حالة لا يغلب فيها زيادة واختلاط صح بيعه مطلقا وبشرط القطع والابقاء حتى يستوفيه بالرعي ونحوه»^(٣).

الأمر الثاني: أنه إن اشترى بعد بدو الصلاح ، أو اشترى قبله بشرط القطع واتفق عدم القطع حتى حصلت الزيادة ولم تتميز فما هو حكم البيع والزيادة؟.

أقول: جميعهم يقولون بأن الحكم هنا كالحكم فيما لو اشترى ثمرة

(١) الأم السابق.

(٢) يقول الباجوري «وما اعتيد في ديار مصر من بيع البرسيم الأخضر بعد تهيئته للرعي صحيح بلا شرط القطع ولا يدخل في البيع إلا الجزء الظاهرة حيث كان يجر مرة بعد أخرى» حاشية الباجوري ج ١ ص ٣٥١ ، وذكره الشرواني في حاشيته على التحفة ج ٤ ص ٤٦٣ ، ٤٦٤.

(٣) الشرواني السابق ص ٤٦٩.

وتركها حتى حدثت ثمرة أخرى واختلطت ، وذلك فى ثمار يغلب تلاحقها واختلاطها وهى المسألة التى عرضناها فى المطلب السابق. والأمر كذلك ، إلا أن البعض الآخر بحثها مستقلة. كالماوردي والشاشي ، والشيرازي ، والنووي ، فى الروضة.

وقد ذكر الشاشي والشيرازي والماوردي ، والنووي فى الروضة أن فى حكم البيع طريقين للأصحاب .

أحدهما: أنه لا يبطل البيع قولاً واحداً.

الثانى: وهو الصحيح: أنه على القولين وهى طريق أبى اسحاق المروزي والجمهور.

القول الأول: بنفسخ البيع.

القول الثانى: لا ينفسخ البيع^(١).

(١) يقول الشاشي «وإن اشترى رطبة بشرط القطع فلم يقطعها حتى زادت ففيها طريقان أحدهما: أنه لا يبطل البيع قولاً واحداً. والثانى: وهو الصحيح أنه على القولين: أحدهما: أنه ينفسخ البيع. والثانى أنه لا ينفسخ. ويقال للبائع: إن رضيت بتسليم الجميع وإلا فسخ البيع» حلية العلماء ج٢ ص ٥٥٢ . ويقول الشيرازي «وإن اشترى رطبة بشرط القطع فلم يقطع حتى زادت وطالت ففيه طريقان. أحدهما: أنه لا يبطل البيع قولاً واحداً ... والثانى وهو الصحيح أنه على قولين. أحدهما: لا ينفسخ البيع. والثانى: ينفسخ ...» المذهب ج١ ص ٢٨٢ ، ويقول الماوردي «وصورتها: فيمن ابتاع قرطاً جزءة يعنى: علماً بشرط الجزاز أو ماجرى مجراه من القول التى تباع جزءاً فآخر المشتري جزءة حتى طالت ، فقد حدثت زيادة غير متميزة فضعها المزنئ إلى مسألة الثمر. فاختلف أصحابنا: وكان بعضهم يقول: البيع جائز قولاً واحداً ... وقال أبو اسحاق المروزي وجمهور أصحابنا: أن فى هذه المسألة قولين كالثمرة المبيعة إذا اختلطت بثمرة حادثة ، وهذا أصح ...» الحارثي ج٦ ص ٢٠٨ ، ويقول النووي «ولو باع جزءة من القث بشرط القطع فلم يقطعها حتى طالت وتعدت التمييز جرى القولان. وقيل لا ينفسخ هنا قطعاً ...» روضة الطالبين ج٣ ص ٢٢٢ ، وانظر تنمئة الابانة ج٤ ورقة ١٦٨ ، الشامل ص ٢٦٢ ، البيان ص ١٦٦ ، والقول بالبطالان منصوص عليه فى الأم ج٣ ص ٨٤ باب بيع الأجال «ولا يجوز بيع القصيل إلا على أن يقطع مكانه إذا كان القصيل مما يستخلف وإن تركه (=)

حكم البيع والزيادة على الطريق الأولى:

تقدم أن أصحاب الطريق الأولى يقولون بأن البيع لا يفسخ قولاً واحداً.

وحجتهم في ذلك: أن طول العلف زيادة لاتتميز مثل كبر الثمرة فلما كانت الثمرة إذاً آخر المشتري قطعها حتى كبرت لم يفسد البيع وكانت الزيادة له ، لأنها زيادة لاتتميز ، وجب في العلف إذاً آخر جزه حتى طال لا يفسد البيع وتكون الزيادة له لأنها لاتتميز ، وتشبيهاً بنماء الحيوان^(١).

وفي المذهب «وان اشترى رطبة بشرط القطع فلم يقطع حتى زادت وطالت ففيه طريقان. أحدهما: أنه لا يبطل البيع قولاً واحداً ... لأنه لم يختلط المبيع بغيره ، وإنما زاد المبيع في نفسه فصار كما لو اشترى عبداً صغيراً فكبر أو هزلاً فسمن ...»^(٢).

ومن التعليل السابق يعلم أن الزيادة للمشتري.

المناقشة:

نوقش بالفرق بين القصيل وبين الثمرة. يقول الماوردي «والفرق بين ما ذكره الفريق الأول من كبر الثمرة وطول العلف: أن كبر الثمرة لا يمتاز عن أصله ، ولا يوجد بعد قطع الثمرة ، وطول العلف متميز ، وإن كان متصلاً

(=) انتقض فيه البيع لأنه يحدث فيه ما ليس في البيع ...» وفي ص ٦٨ باب بيع القضب والقرط «ولو اشتراه ليقطعه فتركه وليقطعه له يمكن مدة يطول في مثلها كان البيع مفسوخاً» ، وكذلك القول بالصحة مع ثبوت الخيار للمشتري «قال: ولكنه لو اشتراه كما وصفت وتركه بغير شرط أي ما وقطعه يمكنه في أقل منها كان المشتري منه بالخيار في أن يدع له الفضل الذي له بلا ثمن أو ينتقض البيع» قال «كما يكون إذا باعه حنطة جزافاً فانها لت عليها حنطة له فالبايع بالخيار» الأم ج ٣ ص ٩٦ باب بيع القرط والقضب ، وقد ذكر الماوردي في الحاوي الكبير ج ٦ ص ٢٠٦ ، ٢٠٧: أن القولين منصوبان.

(١) الحاوي الكبير ج ٦ ص ٢٠٨ ، روضة الطالبين ج ٣ ص ٢٢٢ ، ولا حظ لقيس في نقله عن شيخه الرملي حاشية لقيس ج ٢ ص ٢٣٤ ، ٢٣٥.

(٢) المذهب ج ١ ص ٢٨٢.

ويحدث بعد جزاز العلف فافترقا»^(١). وكالماوردى قال الامام النووي بل وضعفه.

يقول النووي «... وقيل: لا يفسخ هنا قطعاً تشبيهاً لطولها بكبر الشجرة والشجرة، ونماء الحيوان وهو ضعيف لأن البائع يجبر على تسليم الأشياء المذكورة بزيادتها، وهنا لا يجبر على تسليم ما زاد»^(٢).

ويقول الشيرازي «ويخالف السمن والكبر في العبد فان تلك الزيادة لاحكم لها ولهذا يجبر البائع على تسليم العبد مع السمن والكبر، ولهذا الزيادة حكم، ولهذا لا يجبر البائع على تسليمها فدل على الفرق بينهما»^(٣). ولهذا المناقشة كان طريق الجمهور هي الأصح.

ثبوت الخيار للمشتري:

وأصحاب هذه الطريق يثبتون الخيار للمشتري إذا كانت الزيادة قد حدثت واختلطت قبل التخلية. وهل هو على الفور أم التراخي؟ خلاف على وجهين، وأرجحهما عند الرافعي أنه على الفور كخيار العيب، والأكثر أنه على التراخي.

أما إن حدثت واختلطت بعد التخلية فلا خيار، بل إن اتفقا على شيء فذاك، وإلا فالقول قول صاحب اليد بيمينته في حق قدر الآخر.

يقول الشرواني «... وعليه فلو مضت مدة بلا قطع وحصل زيادة واختلفا في الزيادة تخير المشتري إن لم يسمع البائع بها فإن أجاز أو آخر الفسخ مع العلم سقط خياره. فالمصدق في قدر الزيادة ذو اليد، وهو البائع

(١) الحاوي السابق.

(٢) روضة الطالبين ج ٣ ص ٢٢٢.

(٣) المهذب ج ١ ص ٢٨٢.

قبل التخلية والمشتري بعدها» (١).

أقول: ومسألة الخيار برمتها قد بحثناها عند الشافعية في مسألة ما لو اشترى ثمرة وتركها حتى حدثت أخرى واختلطت. وذلك في المطلب السابق ولا فرق في هذا بين المسألتين.

حكم البيع والزيادة على طريق الجمهور:

أما عن حكم البيع ففيه قولان:

القول الأول: أن البيع باطل ويتراجعان.

وحجة البطلان: أنه يحدث في المبيع ما ليس في البيع (٢) ولأن أصله للبائع وفرعه الظاهر للمشتري فإن كان يطول فيخرج من مال البائع إلى مال المشتري منه شيء لم يقع عليه صفقة البيع فيملكه كنت قد أعطيت المشتري ما لم يشتر ، وأخذت من البائع ما لم يبع منه ، أعطيته منه شيئا مجهولا ، لا يرى بعين ولا يضبط بصفة ولا يتميز ما للبائع فيه مما للمشتري فيفسده من وجوه (٣).

القول الثاني: أن البيع لا يبطل لكن يقال للبائع: أسمح للمشتري بالزيادة؟ فإن سمح بها لزم البيع ، وإن شح بها ، وأقاما على التنازع فسخ الحاكم بينهما وتراجعا.

أقول: فعلى القول بالبطلان لا كلام حيث القصيل يرد للبائع ، والثلث يرد للمشتري. وعلى القول بالصحة فالزيادة للبائع (٤) وعليه أن

(١) حاشية الشرواني على التحفة ج٤ ص ٤٦٣ ، ٤٦٤.

(٢) الأم ج٣ ص ٨٤ باب بيع الآجال.

(٣) الأم السابق ص ٦٨ باب بيع القضب والقرط. وانظره في ص ٤٩ باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار.

(٤) في الشامل ص ٢٦٢ « قال المزني: وهكذا قال: فيمن باع قرطا جزء ، وأراد بذلك (=)

أراد إمضاء البيع ولزومه فليسمح بها للمشتري ، وإلا فسخ الحاكم البيع قطعاً للنزاع وترادوا المبيع والثلث.

يقول الماوردي «وقال أبو إسحاق المروزي وجمهور أصحابنا: أن في هذه المسألة قولين كالثمرة المباعة إذا اختلطت بثمرة حادثة. وهذا أصح ... فإذا ثبت أن المسألة على قولين. أحدهما: أن البيع باطل ويتراجعان. والقول الثاني: أن البيع لا يبطل لكن يقال للبائع: أسمع للمشتري بالزيادة؟ فإن سمح بها لزم البيع ، وإن شح بها وأقاما على النزاع ، فسخ الحاكم بينهما وتراجعا»^(١):

ويقول الشاشي «... والثاني: أنه لا يفسخ ، ويقال للبائع: إن رضيت بتسليم الجميع وإلا فسخ البيع»^(٢) وفي البيان «... الثاني: لا يفسخ. بل يقال للبائع: إن سمحت بحقوقك أقر العقد ...»^(٣).

ويلاحظ أنه إن سمح البائع بالزيادة أجبر المشتري على القبول وهو الأصح يقول ابن الصباغ «... والثاني: لا يفسخ ، ويقال للبائع: تسلمه مع الزيادة فإن أجاب إلى ذلك أجبر المشتري عليه ، وإن امتنع: فسخ العقد كبيع الثمرة»^(٤).

(٣) الرطبة ، ويسمى قضبا وقرطا وقثاء . وإذا باع منها جزء فلم يقطعها حتى طالت فإن هذه الزيادة للبائع وفي التتمة جزء ورقة ١٦٨ «الزروع الذي يجز مرة بعد مرة يجوز أن يباع منه الجزء الظاهرة بشرط القطع مثل سائر الزروع فلو أخر القطع زمانا يحصل فيه زيادة فالزيادة ملكا للبائع وقد اختلط المبيع بغير المبيع اختلاطا لا يتميز ...» وهو منصوص في الأم «قال: ولكنه لو اشتراه كما وصفت وتركه بغير شرط أهما وقطعه يمكنه في أقل منها كاتن المشتري منه بالخيار في أن يدع له الفضل الذي له فلا ثمن أو ينقض البيع. قال: كما يكون إذا باعه حنطة جزافا ، فانهالت عليها حنطة له فالبايع بالخيار» الأم جزء ٦٩ ص ٦٩ باب بيع القضب والقرط ، حاشية الشرواني جزء ٤ ص ٤٦٩.

(١) الحاوي الكبير جزء ٦ ص ٢٠٨.

(٢) حلية العلماء جزء ٢ ص ٥٥٢ ، وانظر المذهب جزء ١ ص ٢٨٢.

(٣) البيان ص ١٦٦.

(٤) الشامل ص ٢٦٢.

وحجة القول بالصحة: أن التسليم غير متعذر بالطريقة المذكورة^(١).

حكم الزيادة على الطريقين. وإمكان جعلها للمشتري على طريق الجمهور:

سبق أن الزيادة للبائع على طريق الجمهور. وعلى الطريق الأخرى أنها للمشتري. وقد فرق الرملى فى حاشيته على الأسنى ، وكذلك غيره بين حالتين.

الحالة الأولى: لو اشترى الزرع قبل اشتداد حبه بشرط القطع ولم يقطع فيه وجهان.

الوجه الأول: الزيادة للبائع حتى إذا سنبل كانت السناهل للبائع. وهذا الوجه هو ظاهر النص. ورجحه الرملى فى حاشيته. وهو الذي للنوي فى المنهاج وجزم به غير واحد تبعاً للمتولى.

يقول الهيثمى فى التحفة معلقاً على قول المنهاج «تنبيه: ما ذكر فى الزرع إذا طال هو ما جزم به غير واحد تبعاً للمتولى قال: لأن زيادة الزرع زيادة قدر لاصفة ، فكانت حتى السناهل للبائع بخلاف ما لو شرط القلع فإن الزيادة للمشتري لأنه ملك الكل». ثم وصفه بقوله «وهو وجه مدركا». وفى الشروانى والعبادى «اعتمده شيخنا الشهاب الرملى» وفى الشروانى «واعتمده النهاية أيضاً».

الوجه الثانى: أن الزيادة للمشتري مطلقاً أى فى شرط القطع كما هي فى شرط القلع. واختاره الأذرعى كما فى حاشية الرملى ، والتحفة.

قال الرملى: وكلام الامام وغيره صريح فى ذلك. ويؤيده قول الشيخين: أن القطن الذي لا يبقى أكثر من سنة كالزرع ، فإذا باعه قبل خروج الجوزق

(١) المذهب ج ١ ص ٢٨٢ ، البيان ص ١٦٦.

أو بعده ، وقبل تكامل القطن وجب شرط القطع ثم إن لم يقطع حتى خرج الجوزق فهو للمشتري لحدوثه على ملكه. قال الرملى فى هذا الوجه « قال الأذرعى: وهو المختار ، وإن نازع فيه ظاهر النص». وعبارة التحفة « لكن الذي بصرح به كلام الامام وغيره: أن الزيادة للمشتري فى شرط القطع أيضا. ويؤيده قول الشيخين أن القطن الذي لا يبقى أكثر من سنة كالزروع. فإذا باعه قبل خروج الجوزق أو بعده ، وقبل تكامل القطن ، وجب شرط القطع ثم إن لم يقطع حتى خرج الجوزق فهو للمشتري لحدوثه على ملكه. قال الأذرعى: «وهذا هو المختار ، وإن نازع فيه ظاهر النص».

مناقشة الوجه الثانى:

نوقش بالفرق بين الزرع والقطن. قال الرملى: الراجع الأول. والفرق بين الزرع والقطن ظاهر ، وهو أن الجوزق ثمرة ، كما أن ماظهر من الثمرة يستتبع مالم يظهر منها. وذكر الشروانى عن شرح الارشاد قوله «وعلى الأول فقد يفرق بأن المقصود ثم هو القطن لاغيره فوجب جعل جوزقه للمشتري بخلافه هنا فان الزرع مقصود كسنايله فأمكن جعلها للبائع دونه»^(١).

(١) وما ذكره الشروانى عن شرح الارشاد. ذكره العبادى بنحوه «وقال فى شرح الارشاد: وأعلم أنه صرح فى الروضة بأنه لو اشترى أصل نحو بطيخ بشرط القطع فلم يقطع حتى أنمر كانت الثمرة للمشتري ، ولا يخفى أن المفهوم من كلامهم: أنه لو اشترى شجرة بشرط القطع فلم يقطع حتى اثمرت كانت الثمرة للمشتري.

فأما مسألة الروضة المذكورة فيمكن أن يجرى الفرق المذكور فيها إذ أصول نحو البطيخ شبيهة بأصول القطن المذكور. وأما مسألة الشجرة المذكورة فقد تشكل على الفرق فليتأمل إلا أن يجاب بأن من شأن الشجر أن يقصد لثمرته ، والزرع أن يقصد لجميعه» حاشية العبادى ج٤ ص ٤٧١ ، وفى الشروانى «وأما إذا باعه أصول نحو بطيخ أو قرع أو نحوه قبل بدو صلاحه وحدثت هناك زيادة بين البيع والأخذ فهي للمشتري سواء شرط القلع أو القطع. وبه تعلم المخالفة بين أصول الزرع ونحو البطيخ ، والفرق بينهما أن الكل فى الأول مقصود بخلاف الثانى ، فان المقصود منه إنما هو الثمر ، لا الأصول» الشروانى على التحفة ج٤ ص ٤٦٣ ، ولاحظ قليوبى على المحلى فى نقله عن الرملى ج٢ ص

الحالة الثانية: إن اشتراه بشرط القلع فلم يقطع حتى تسنبل فهي للمشتري وجها واحدا. لأنه ملك أصل الزرع الذي يحدث منه الزيادة. قاله في الأنوار. كما في حاشية الرملی.

أقول: وعبرة المتولى المذكورة في التحفة ، وحاشية الرملی فرقت بين القطع والقلع ، وفي القطع جعلت الزيادة للبائع.

قال المتولى «ولو اشترى الزرع بشرط القطع فلم يقطع حتى زاد فالزيادة حتى السنابل للبائع ، وقد اختلط المبيع بغيره اختلاطا لا يتميز ، وذلك لأن زيادة الزرع زيادة قدر لازيادة صفة لأن المقصود أجزاءه . ولو اشتراه بشرط القلع فلم يقطع حتى زاد فهي للمشتري لأنه اشترى الكل فما ظهر يكون له» (١).

وعلى الوجه الصائر إلى أنها للبائع فان المشتري يمكنه أن يحتفظ بها إذا أراد بأن يشتري القصيل على القطع ثم يستأجر الأرض من البائع.

قال الشرواني «وطريق شرائه للرعى أن يشتري بشرط القطع ثم يستأجر الأرض مدة يتأتى فيها رعيه ، وفي هذه تكون الرية للمشتري» (٢).

وقال المتولى «فلو أراد المشتري أن يحتفظ به لنفسه لرعى البهائم

(١) أنظر ما ذكرناه في الزيادة. حاشية الرملی على الأسنى ج٢ ص ١٠٥ ، ١٠٦ ، تحفة المحتاج وحاشية الشرواني والعبادي ج٤ ص ٤٧١ ، شرح جلال المحلى وحاشية قليوبي وعميرة ج٢ ص ٢٣٤ ، ٢٣٥ ، روضة الطالبين ج٣ ص ٢١٣ ، ٢٢٢ ، وينقل قليوبي عن شيخه الرملی قوله «تنبيه: ما زاد في الشجر أو الزرع المبيع إن لم يتميز كغلف العود فللمشتري مطلقا ، وكذا إن تمیز وكان من شجر ثمر نحو بطيخ وقثاء ، وإن اشتراه قبل إثماره وبشرط القطع أو كان من زرع كبرسيم وسنابل حنطة وكان الشراء بغير شرط القلع ، فان كان الشراء في هذا بشرط القطع بالطاء فهي للبائع ، وفارق الثمرة بأنها المقصودة. هكذا قاله شيخنا الرملی» قليوبي ص ٢٣٤ ، ٢٣٥.

(٢) الشرواني على التحفة ج٤ ص ٤٦٩.

فطريقه أن يشتري بشرط القطع ثم يستأجر الأرض»^(١) وفي موطن آخر قال المتولى «فإن أراد شراء الحشيش رطباً لتأكله المواشى فطريقه أن يشتري بشرط القطع ثم يستأجر الأرض حتى تكون العروق مملوكة له فما يحدث من الزيادة يكون ملكاً له»^(٢).

ويقول الشروانى «والطريق فى جعل الزيادة أيضاً للمشتري أن يبيعه بشرط القطع ثم يزرع الأرض أو يعيرها له»^(٣). فهذا النص أضاف إلى إجارة الأرض اعارتها للمشتري.

لكن العبادى لم ير فى الاستئجار مع شرط القطع مخلصاً للمشتري لأنه فى الشراء على القطع الزيادة للبائع فلو لم يرعه حتى زاد ، وطال امتنع الرعى بغير رضا البائع لأن الزيادة له وهى غير متميزة. والمخلص هو الشراء بشرط القلع لا القطع ثم يستأجر.

يقول العبادى «واعلم أنهم قالوا: من أراد شراء زرع أو نحوه قبل بدو صلاحه لرعيه فطريقه أن يشتريه بشرط القطع ثم يستأجر الأرض وحينئذ فقضية كون الزيادة للبائع أنه لو لم يرعه حتى زاد وطال امتنع الرعى بغير رضا البائع لأن الزيادة له وهى غير متميزة فالأخلص له أن يشتريه بشرط القلع ثم يستأجر الأرض»^(٤) والمعنى أنه إذا اشترى على القلع كانت العروق وهى الجذور ملكاً للمشتري فما ينتج منها كذلك تبعاً ، وهنا لا يتوقف على رضا البائع.

وأقول: قد يتصور القلع فى غير البرسيم ، أما البرسيم كما هو ديار

(١) الرملى على الأسنى ج٢ ص ١٠٥ ، ١٠٦.

(٢) الرملى السابق ص ١٠٨.

(٣) الشروانى على التحفة ج٤ ص ٤٦٤.

(٤) العبادى على التحفة السابق ص ٤٧١.

مصر لم يجر به عرف ولا يقبله أحد ، وإنما المعروف هو القطع.

وأیضا: كون الزيادة للمشتري اذا كان الشراء بشرط القلع لا يحتاج إلى استئجار الأرض فكما ذكرنا عن الرملی أنها حينئذ للمشتري قولا واحدا دون استئجار.

أما الطريق فی كونها للبائع على الوجه الصائر إلى أنها للمشتري فهو أن يبيع بشرط القطع^(١).

خلفه القصيل:

وتأسیا على ما سبق فی الفرق بین شرط القطع وشرط القلع. أنه إن باعه بشرط قطعه فأخلف بعد قطعه فما خلفه للبائع بخلاف ما لو باعه بشرط قلعه فقطع فإن ما أخلفه للمشتري وعليه فتدخل أصوله فی البيع عند الاطلاق فلو زاد وقطع وأخلف فالزيادة وما أخلفه للمشتري. ومنه ما اعتيد بمصرنا من بيع البرسيم الأخضر بعد تهيئته للرعى فيصح بلا شرط قطع والرية التي تحصل بعد الرعي أو القطع تكون للمشتري حيث لم يكن أصلها مما يجز مرة بعد أخرى وإلا فلا يدخل فی العقد إلا الجزة الظاهرة. والطريق فی جعلها للبائع أن يبيع بشرط القطع فانه حينئذ تكون الزيادة حتى السنايل للبائع ومن الزيادة الرية التي تخلف بعد القطع من الرعى^(٢).

مناقشة كون الزيادة للبائع:

أ- أیدی ابن الصباغ فی الشامل اعتراضا على كون الزيادة للبائع ثم

(١) يقول الشروانی «والطريق فی جعلها للبائع أن يبيع بشرط القطع فانه حينئذ تكون الزيادة حتى السنايل للبائع ومن الزيادة الرية التي تخلف بعد القطع من الرعي» حاشية الشروانی ج٤ ص ٤٦٣ ، ٤٦٤.

(٢) حاشية الشروانی ج٤ ص ٤٦٣ ، ٤٦٤ ، وانظر حاشية الباجوری ج١ ص ٣٥١.

أجاب عنه قال: فان قيل: أليس لو اشترى طعاما فزاد ونفى كان له ، ولم يكن لصاحب الأصول ، ألا قلتم ها هنا مثله؟.

فالجواب: أن الزيادة حدثت من غناء الطلع الذي هو ملكه فلهذا كانت له ، وليس كذلك ما طال من الرطوبة ، فانها حدثت من الأصول التي هي ملك البائع ، ولهذا كانت له ، وإن كان كذلك فقد اختلط ملكهما فيكون على القولين. أحدهما: ينفسخ ، والثاني: يقال للبائع: تسلمه مع الزيادة فان أجب إلى ذلك أجبر المشتري عليه ، وإن امتنع: فسخ العقد كبيع الثمرة^(١).

ب- واعترض ابن خزم الظاهري فقال: وقال الشافعي: البائع يخبر بين أن يدع له الزيادة فيجوز البيع والهبة معا أو يفسخ البيع^(٢).

ثم قال: وأما قول الشافعي فظاهر الخطأ. لأنه إذا جعل الزيادة للبائع فلائى معنى أجبره على هبتها للمشتري أو فسخ البيع ؟ ولأى دليل منعه من طلب حقه والخصام فيه والبقاء عليه^(٣)؟.

ويجاب: بأنه لا إجبار هنا وإنما هو تخيير للبائع فيه ضمان لحقه فى مسألة اختلط فيها المبيع بغيره اختلاطا لا تمييز فيه ، والزيادة هنا زيادة قدر لازيادة صفة لأن المقصود هنا أجزاء القصيل ، وهو حقه فان شاء تنازل عنه ومضى البيع وإلا فسخ ، فلا ضرر على أحدهما.

مذهب الحنابلة:

أ- يرى الحنابلة أنه لا يجوز بيع الرطوبة وشبهها على الانفراد إلا بشرط القطع فى الحال. سواء قبل بدو الصلاح أم بعده. ومن ثم فيجبر

(١) الشامل ص ٢٦٢ ، ولاحظ قليوبي ص ٢٣٤ . ٢٣٥.

(٢) المحلى ج ٧ ص ٣١٠ مسألة ١٤٣٥.

(٣) المحلى السابق ص ٣١١ نفس المسألة.

المشتري على القطع. ولا عبء برضا البائع بالتترك بعد اشتراط القطع لان القطع حق الله تعالى.

ب- كما يرون أنه لا يجوز بيعه إلا جزء جزء فلا يجوز بيعه جزئين.

يقول الخرقى «ولا يجوز بيع الرطبة والبقول إلا بشرط جزء».

قال فى الشرح «الرطبة وما أشبهها مما ثبت أصوله فى الأرض ويؤخذ ما ظهر منه بالقطع مرة بعد أخرى كالنعناع والهندباء ، وشبههما لا يجوز بيعه إلا أن يبيع الظاهر منه بشرط القطع فى الحال. وبذلك قال الشافعى وروى ذلك عن الحسن وعطاء. ومتى اشترى جزء لم يجز إبقاؤها»^(١).

ويقول البهوتى «وكذا حكم رطبة ويقول ، فلا يباع شئ منها مفردا بعد بدو صلاحه إلا جزء جزء - بشرط جزء أى قطعه فى الحال -»^(٢).

وفى الانصاف «ولا يجوز بيع الرطبة والبقول إلا بشرط جزء» قال المرداوى «حكم بيع الرطبة والبقول حكم الثمر والزرع فلا يباع قبل بدو الصلاح إلا مع أصله أو لربه ، أو مع أرضه كما تقدم خلافا ومذهبا»^(٣). ولا يباع مفردا بعد بدو صلاحه إلا جزء جزء بشرطه»^(٤) أى جزء جزء بشرط القطع.

وفى شرح الزركشى «حكم الرطبة وما ثبت أصوله فى الأرض ويؤخذ دفعة بعد دفعة - كالنعناع ، والهندباء ، ونحو ذلك - حكم الخيار والبادنجان لا يباع إلا الموجود منه جزء جزء بشرط القطع فى الحال»^(٥).

(١) الشرح الكبير ج٤ ص ٤١٧ ، ٤١٨ والمغنى ج٤ ص ٢٢٦.

(٢) كشف القناع ج٢ ص ٢٨٢ ، وانظر الروض المربع ج٢ ص ١٣٠ ، ١٣١.

(٣) قد سبق هذا كله فى بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح.

(٤) الانصاف ج٥ ص ٦٧.

(٥) شرح الزركشى ج٢ ص ٥١٠.

وحجة الحنابلة:

أنه لا يجوز بيعه إلا جزء جزء بشرط القطع قبل بدو الصلاح وبعده. ولأن ما يظهر بعد ذلك من الرطوبة ونحوها إنما هي أعيان لم يتناولها البيع فيكون للبائع إذا ظهر فيفضى إلى اختلاط المبيع بغيره^(١) وفي ذلك غرر وجهالة فيباع الظاهر منه فقط على القطع لأن الظاهر منه معلوم لاجهالة فيه ولا غرر^(٢).

ويقول الزركشى «إذ مالم يظهر معدوم ، والموجود متى ترك ولم يقطع اختلط بغيره ، وإذا يفضى إلى مشاجرة ونزاع ، وذلك مما لا يرضاه الشارع»^(٣).

حكم البيع والزيادة عند الترك:

ان اتفق عدم قطع المشتري لما اشترى وحدثت زيادة فقد اختلفت الرواية عن الامام أحمد في حكم البيع ، كما اختلفت في حكم الزيادة. وتبع ذلك اختلاف الأصحاب ونبه إلى القول: بأن الخلاف في مسألة القصيل عند الحنابلة كالخلاف في الثمرة إذا اشتراها قبل بدو الصلاح بشرط القطع ثم تركها حتى زادت ، أو بدا صلاحها. أعنى إذا كانت الزيادة في ذات الثمرة بالكبر لا بحدوث ثمرة أخرى. يقول ابن قدامة في الرطوبة «... فان أخرجها حتى طالت فالحكم فيها كالثمره إذا اشتراها قبل بدو صلاحها ثم تركها حتى بدا صلاحها»^(٤).

أي أن الحنابلة يعطون القصيل ومنه الرطوبة حكم الثمرة المشار إليها

(١) المغنى ج٤ ص ٢٢٦ ، والشرح ج٤ ص ٤١٨.

(٢) كشف القناع ج٢ ص ٢٨٢ ، الروض المربع ج٢ ص ١٣٠ ، ١٣١.

(٣) شرح الزركشى ج٢ ص ٥١٠.

(٤) المغنى ج٤ ص ٢٢٦ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢١٨.

إن تركها المشتري حتى زادت في نفسها. ولما أنه قد مرّ بيان حكم البيع في هذه الثمرة وحكم الزيادة بالتفصيل ، فإننا سنذكر هنا أهم ما في المسألة ، ومن رام المزيد فليراجع هذه المسألة^(١).

أما عن حكم البيع:

ففيه أربع روايات مروية عن الامام أحمد إلا أن الزركشى في شرحه بعد التحقيق قال: فمحصل المذهب فيه روايتان^(٢).

الرواية الأولى: البيع باطل. وهى أصح الروايات كما في المغنى والشرح. وقال الزركشى في شرحه: هذا هو المذهب المنصوص والمختار من الروايات للأصحاب.

وجبة هذه الرواية: النهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها والزرع قبل اشتداد حبه إلا أنه استثنى منه ما اشتراه بشرط القطع فقطعه فيبقى ما عداه على التحريم. والنهى يقتضى الفساد.

وأیضا فان القول بصحة البيع يجعل ذلك ذريعة إلى الحرام. كما أن التبقية معنى حرم الشرع اشتراطه لحق الله تعالى فأبطل العقد وجوده وإن لم يشترط ، كالنسيئة فيما يحرم فيه النساء ، وترك التقابض فيما يشترط فيه القبض ، أو الفضل فيما يجب فيه التساوى. وأيضا فان مال المشتري اختلط بمال البائع قبل التسليم على وجه لا يتميز منه فبطل به البيع كما لو تلف.

(١) راجع الشرط السابع من شروط صحة بيع الثمار والزرع مفردة قبل بدو الصلاح ففيه جانب من حكم بيع القصيل «الزرع الأخضر» ص ١٩٣ ، ٢٠١ وما بعدها من البحث.

(٢) أما الرواية الثالثة: فإنه ان قصد بشرط القطع الحيلة على إبقائه ففسد البيع ، وإلا فلا يفسد. وهذه الرواية اثبتها البعض ، وتأولها البعض على الروايتين المذكورتين. وأما الرواية الرابعة: بطلان البيع إن أخر بلا عذر. ذكرها المرداوى في الانصاف.

لكن هل يبطل البيع بمجرد الزيادة؟ أم يبطل بيدو الصلاح؟ قولان في المذهب وإن كان تقرير نصوص الامام في الرطبة يقتضى البطلان إذا بدا الصلاح ، والصحة إذا لم يبد الصلاح. يقول الزركشى في شرحه « تنبيه: ترجم الخرقى رحمه الله المسألة إذا ترك حتى بدا الصلاح ، وكذا القاضى وجماعة ، وكذا وقعت نصوص أحمد الذي حكم فيها بالبطلان. أما نصاه اللذان حكم فيهما بالصحة فقال فيهما: إذا كبرت وزادت قال في رواية ابن سعيد: لا يشتري الرطبة إلا جزة ، فان تركها حتى تطول وتكبر كان البائع شريكا للمبتاع في الثمن إلا أن يكون يسيرا قدر يوم أو يومين ، وكذلك النخل. ومن ثم استثنى ابن عقيل من كون البائع يشارك المشتري الزمن اليسير ، تبعا لنص الامام. أ.هـ.

وقال في رواية حنبل: إذا باعه زرعاً على أن يجره ، أو نخلاً على أن يصرمه فتركه حتى زاد ، فالزيادة لا يستحقها واحد منهما ويتصدقان بها. فقد يقال بتقرير نصوصه بالبطلان إذا بدا الصلاح ، والصحة إذا لم يبد. والله أعلم»^(١).

الرواية الثانية: البيع صحيح ولا يبطل.

وحجة هذه الرواية: أن المبيع بحاله ، وغاية الأمر أنه انضاف إلى غيره ، أى اختلط بغيره وذلك لا يقتضى البطلان كما لو اشترى حنطة فاختلطت بأخرى ولم تتميز ، أو ثوباً فاختلط بغيره.

وهذه طريقة القاضى في المجرد ، في الرطبة وما أشبهها من النعناع والهندباء محتجا بأنه لانتهى في بيع هذه الأشياء^(٢).

(١) شرح الزركشى ج ٢ ص ٥٠٣.

(٢) القواعد لابن رجب ص ١٦٨ ، الانصاف ج ٥ ص ٧١ ، ٧٢.

وأما عن حكم الزيادة:

فقد اختلفت الرواية سواء على القول بالصحة أم على القول بالبطلان. وأشهر هذه الروايات ثلاث.

الرواية الأولى: أن البائع والمشتري شريكان في الزيادة. وذلك لحدوث الزيادة على ملكيهما فان المشتري يملك الظاهر ، والبائع يملك الأصل وهذه الرواية أظهر الروايات على القول بالصحة كما في المغنى والشرح.

أما على القول بالبطلان فقد قال في القواعد: وهذه الرواية ترجع إلى القول بأن الزيادة في ذات المبيع لا تتبع في الفسخ بل تبقى على ملك المشتري وإنما شاركه البائع فيها لأنها نمت من ملكه وملك المشتري ، ولولا ذلك لانفرد بها المشتري.

الرواية الثانية: يتصدقان بها لأن عين المبيع زاد بجهة محظورة. ولأن الأمر اشتبه في هذه الزيادة وفي مستحقها فكان الأولى الصدقة بها. وهل التصدق بها واجب أم مندوب؟ المذكور في الفروع عن الامام احمد: الوجوب واختار القاضي الاستحباب ومال إليه ابنا قدامة لأن الصدقة بالشبهات مستحبة ، ومن ثم فقد قال ابنا قدامة: فان أبيها الصدقة بها اشتركا فيها.

وهذا كله على القول بصحة البيع وهو قول الثوري كما في المغنى والشرح «قال الثوري: اذا اشترى قصيلا بأخذ رأس ماله ويتصدق بالباقي».

أما على القول ببطلان البيع فقد روى عن الامام أيضا القول بالتصدق بها. وحمله القاضي على الاستحباب لوقوع الخلاف في مستحق الزيادة. إلا أن المجد أنكر هذه الرواية وقال: هو سهو من القاضي ، وإنما ذلك على الصحة فأما على الفساد فلا وجه لهذا القول.

الرواية الثالثة: الزيادة كلها للبائع. وهذه الرواية نص عليها أحمد في رواية منصور كما في الانصاف وغيره «ونص أحمد في رواية منصور ، فيمن اشترى قصيلا وتركه حتى سنبل يكون للمشتري منه بقدر ما اشترى يوم اشترى ، فان كان فيه فضل: كان للبائع صاحب الأرض»^(١).

وحجة هذه الرواية: أن الزيادة من غناء ملك البائع فهي كالربح في المال المغصوب فانه يكون لصاحب المال دون الغاصب ويلقى تصرفه فيه لكونه محظورا ، كذلك ههنا. ذكره في القواعد عن القاضي ، وهو اختيار المجد كما في الانصاف ، والقواعد ، لأن هذه الزيادة لو فرضنا أن المشتري كان قد جز ما اشتراه لأمكن وجودها وتكون للبائع فكذلك إذا لم تجز.

هذا وقد ذهب ابن أبي موسى من الخنابلة إلى القول بأن هذا الخلاف في مذهبه مختص بالثمرة ، فأما الزرع فلا خلاف في أن الزيادة للبائع.

رأى القاضي:

يرى القاضي أن الزيادة للمشتري كالعبد إذا سمن. وحمل قول أحمد «يشاركان» على الاستحباب كما في المغنى والشرح ، وشرح الزركشى.

ولم يرتضه ابننا قدامة وابن رجب لأن الزيادة حصلت من أصل البائع من غير استحقاق تركها فكان فيها حق له بخلاف العبد إذا سمن فانه لا يتحقق فيه هذا المعنى ولا يشبهه ، ولا يصح حمل قول أحمد على الاستحباب فانه لا يستحب للبائع أن يأخذ من المشتري ما ليس بحق له بل ذلك حرام عليه فكيف يكون مستحبا؟.

وهذا كله على القول بصحة البيع ، وعلي القول بالبطلان أيضا وحينئذ الثمرة كلها بزيادتها للبائع ، لأن البيع متى انفسخ يعود إلى بانه

بنمائه المتصل كسمن العبد ونحوه ، بل هنا أولى لأنه نماء من تيقنه في ملكه فحقه فيه أقوى ، وعلى هذه الرواية أكثر الأصحاب.

لكن من هو المباشر للتصدق على القول بالتصدق بالزيادة؟ ظاهر نص الامام: أنهما يتصدقان بها وقال ابن الزاغوني: لا تدخل في ملك واحد منهما ويتصدق بها المشتري.

ومعنى التصديق بالزيادة أو الاشتراك فيها:

أن ينظر. كم قيمتها وقت العقد ، وكم قيمتها بعد الزيادة فما بينهما محل التردد. فإذا قيل مثلاً: قيمتها وقت العقد مائة ، ثم صارت قيمتها بعد الزيادة مائتين ، فالصدقة أو الشركة بالمال الزائد. أي يقوم يوم العقد ، ويوم الأخذ ، فالزيادة ما بين القيمتين. هذا هو مشهور المذهب والمنصوص عليه في رواية ابن منصور.

وفي احتمال للقاضي: أنها ما بين القيمة قبل بدو الصلاح ، والقيمة بعده (١).

حكم الخلفة:

الخلفة عند المناقلة للبائع نص عليه أحمد. وكذلك لو سقط من الزرع حب ثم نبت. لسقوط حق المشتري فيها بالاعراض عن الأصول قباساً على سقوط حق صاحب الزرع في السناهل التي يخلفها ولأنه لو تصرف البائع في

(١) أنظر. المغنى ج٤ ص ٢١٩ : ٢٢٢ ، الشرح الكبير ج٤ ص ٢١٤ : ٢١٦ ، ٢٤٢ : ٢٤٤ ، ٢٤٧ : ٢٥٢ ، شرح الزركشي ج٣ ص ٤٩٧ : ٥٠٣ ، ٥١٠ ، ٥١١ ، القواعد ص ١٦٨ : ١٧١ ، الانصاف ج٥ ص ٦٩ : ٧٣ ، كشاف القناع ج٣ ص ٢٨٢ ، ٢٨٤ ، ٢٨٥ ، الروض المربع وحاشية العنقري ج٢ ص ١٣٠ : ١٣٢ . وإن أردت النصوص فراجع مذهب المناقلة في الشرط السابع من شروط صحة بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح «شرط القطع في الحال» ص ١٩٣ ، ٢٠١ وما بعدها من البحث.

أرضه بعد فصل الزرع بما يفسد الأصول كان له ذلك ، ولو كان الباقي مستحقا للمشتري لملك منعه من هذا التصرف.

يقول ابننا قدامة « وإن اشترى قصيلا من شعير ونحوه فقطعه ثم عاد فنبت فهو لصاحب الأرض لأن المشتري ترك الأصل على سبيل الرفض لها فسقط حقه منها كما يسقط حق صاحب الزرع من السنابل التي يخلفها ، ولذلك ابيع لكل التقاطها. ولو سقط من الزرع حب ثم نبت من العام المقبل فهو لصاحب الأرض نص أحمد على هاتين المسألتين. وما يؤكد ما قلنا: أن البائع لو أراد التصرف في أرضه بعد فصل الزرع بما يفسد الأصول ويقلعها كان له ذلك ولم يملك المشتري منعه منه ولو كان الباقي مستحقا له لملك منعه منه» (١).

مذهب الظاهرية:

يفرق ابن حزم الظاهري بين حالين للقصيل.

الحال الأولي: قبل أن يسنبل القصيل. وفي هذه الحالة أجاز ابن حزم بيع القصيل بشرط القطع ، ومطلقا عن شرط القطع ، وللمشتري أن يتركه بسماحة البائع من غير شراط.

يقول ابن حزم في جواز شرط القطع « وأما بيع القصيل قبل أن يسنبل على القطع فجائز لأن فرضا على كل أحد أن يزيل ماله عن أرض غيره ، وأن لا يشغلها به ، فهذا شرط واجب مفترض. فان تطوع له رب الأرض بالترك من غير شرط فحسن لأن لكل أحد إباحة أرضه لمن شاء ، ولما شاء مما لم ينه عنه» (٢).

(١) المغنى ج٤ ص ٢٢٦ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٤٠ ، ٢٤١ ، وانظر. حاشية العنقري على الروض ج٢ ص ١٣١.

(٢) المحلى ج٧ ص ٣٠٩ مسألة ١٤٣٤.

وفى موطن آخر يقول «وبيع القصيل قبل أن يسنبيل: جائز. وللبائع أن يتطوع للمشتري بتركه ما شاء إلى أن يرعاه أو إلى أن يحصده أو إلى أن يبيس بغير شرط»^(١).

فهذا النص يفيد جواز بيع القصيل قبل أن يسنبيل مطلقا عن شرط القطع وللبائع أن يتطوع بتركه إلى الوقت الذي يشاء. كما أن النص يقرر أن المنوع هو شرط التبقية.

وحجة ابن حزم فى جواز بيع القصيل قبل أن يسنبيل فهمى كما يقول «برهان صحة بيع القصيل قبل أن يسنبيل قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾^(٣)، فالبيع كله حلال، إلا بيعا منع منه نص قرآنى أو سنة ولم يأت فى منع بيع الزرع مذ ينبت إلى أن يسنبيل: نص أصلا»^(٤).

لا يجوز بيعه إلا جزء واحدة:

يقول ابن حزم «ويجوز بيع ما ظهر من المقائى ... ولا يحل بيع مالم يظهر بعد من المقائى ... ولا جزء ثانية من القصيل لأن كل ذلك بيع مالم يخلق -ولعله لا يخلق- وإن خلق فلا يدري أحد غير الله تعالى ما كميته، ولا ما صفاته، فهو حرام بكل وجه، وبيع غرر، وأكل مال بالباطل»^(٥).

وحجة ابن حزم على أنه لا يجوز بيعه إلا جزء جزء، ما رواه عن الحسن،

(١) المحلى السابق ص ٣٠٨.

(٢) سورة البقرة الآية: ٢٧٥.

(٣) سورة النساء الآية: ٢٩.

(٤) المحلى ج ٧ ص ٣٠٨، ٣٠٩ مسألة ١٤٣٤.

(٥) المحلى السابق ص ٣١١ مسألة ١٤٣٦.

والنخعي ، والشعبي ، وعطاء ، ومجاهد ، وابن أشوع والقاسم . واستأنس ابن حزم بقول أبي حنيفة ، والشافعي ، وأحمد ، وداود الظاهري .

يقول ابن حزم «روينا من طريق سعيد بن منصور ... عن الحسن أنه كره بيع الرطاب جزئين جزئين. وروينا من طريق ابن أبي شبة ... عن إبراهيم النخعي والشعبي فالأجمعين: لأبأس ببيع الرطاب جزء جزء. ومن طريق وكيع ... سأل عطاء بن أبي رباح عن بيع الرطبة جزئين؟ فقال: لا تصلح إلا جزء. وعن مجاهد: أنه كره بيع القضب ، والحناء إلا جزء. عن ابن أشوع والقاسم: أنهما كرها بيع الرطاب إلا جزء ، وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي ، وأحمد ، وأبي سليمان^(١) وغيرهم^(٢) .

الحالة الثانية: بعد أن يسنبل القصيل. وفي هذه الحال يحرم بيعه إلى أن يشتد فإذا اشتد حل بيعها. يقول ابن حزم «وبيع القصيل قبل أن يسنبل: جائز ... فإذا سنبل الزرع لم يحل بيعه أصلاً لا على القطع ولا على الترك إلا حتى يشتد فإذا اشتد حل بيعها حينئذ»^(٣) .

واستدل ابن حزم بما رواه من طريق مسلم عن نافع عن ابن عمر قال إن رسول الله - ﷺ - : «نهى عن بيع النخل حتى يزهو ، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة - نهى البائع والمشتري» .

ومن طريق أبي داود عن أنس أن النبي - ﷺ - : «نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد»^(٤) قال ابن حزم: ولا يصح غير هذا

(١) أبو سليمان: هو داود الظاهري.

(٢) المحلى ج ٧ ص ٣١١ ، ٣١٢ مسألة ١٤٣٦ .

(٣) المحلى السابق ص ٣٠٨ مسألة ١٤٣٤ . بل إن ابن حزم حرم بيعه بعد الحصاد ، وإن صفى فصار حبا إلا إن كان إن ترك لم يبيض ولكن يفسد فيجوز بيعه. راجع في هذا ما مر في مذهب ابن حزم، ص ٩٣ .

(٤) سبق ترجعها في النص الحاكم ص ٧٤ ، ٧٩ من البحث.

أصلا.

واستدل بما رواه عن جمهور السلف ، عمر بن الخطاب ، وعبد الله بن مسعود ، وابن سيرين ، والحسن ، وعكرمة ، ثم قال: وهذا هو نفس قولنا. ثم زعم ابن حزم أنه لم يعلم أحدا من الصحابة خالف عمر بن الخطاب وابن مسعود رضى الله عنهما جميعا^(١).

حكم الزيادة:

للمظاهرة قولان فى حكم الزيادة.

القول الأول: الزيادة للبائع سواء أكانت (١) يقول سعد جلى فى شرط بظهور أولاد لم تكن ظاهرة عند الشراء. وليس للمشتري إلا قدر ما اشترى. وللبيع أن يتطوع للمشتري بالزيادة لأنه ماله يهبه لمن يشاء مالم يمنعه قرآن أو سنة ، والهبة فعل خير وفضل فان أبى البائع عن التطوع وكانت زيادة أولاد فاختصا فيها. فأيهما أقام البينة بمقدار المبيع قضى بالبينة. فان لم تكن بينة: حلفا ، وقسمت الزيادة بينهما.

وإن كانت الزيادة فى طول الساق فالبينة أيضا عند التنازع ، فان لم تكن بينة فهما متداعيان فى الزيادة -وهي بأيديهما معا- فكل واحد يقول: هي لي. فيحلفان لأن كل واحد منهما مدعى عليه ثم يبقى لكل أحد ما بيده لبراءته من دعوى خصمه بيمينه.

وأما السنبيل والحب والنور ، والورق ، والتبن. والخروب^(٢) فللمشتري

(١) المحلى ج٧ ص ٣١٠ ، ٣١١ مسألة ١٤٣٥.

(٢) فى الصحاح: خرب الموضع بالكسر خرابا فهو خرب ، ودار خربة وآخر بها صاحبها وخرها بيوتهم شدد لفشو الفعل أو للمبالغة . والخروب بوزن التنوير؟ نبت معروف. مختار الصحاح ص ٩٧ باب الحاء. المصباح المنير ج١ ص ١٦٦ كتاب الحاء وفيه «والخرية أيضا: عروة المزاد». والمزادة بفتح الميم: هي آلة يستقى فيها الماء. المصباح المنير ج١ ص ٢٦٠ كتاب الزاي. مختار الصحاح ص ١٥١ باب الزاي. وعروة المزادة: أذنها. (=)

على كل حال ، وكذلك ما زاد فى طوله.

هذا هو مادلت عليه نصوص ابن حزم. فقد استهل المسألة بقوله «وبيع القصيل قبل أن يسنبل: جائز... فان غفل عنه حتى زاد فيه أولادا من أصله لم تكن ظاهرة إذا اشتراه فاختصما فيها: فأيهما أقام البينة بمقدار المبيع قضى بها ولم يكن للمشتري إلا القدر الذى اشترى وكانت الزيادة من الأولاد للبائع ، فان لم تكن له بينه: حلفا ، وقسمت الزيادة التى يتداعيانها بينهما. وأما السنبل والحب والخروب: فللمشتري على كل حال ، وكذلك ما زاد فى طوله»^(١). ثم بعد ذلك يقول «وأما بيع القصيل قبل أن يسنبل على القطع فجائز لأن فرضا على كل أحد أن يزيل ماله عن أرض غيره وأن لا يشغلها به ، فهذا شرط واجب مفترض ، فان تطوع له رب الأرض بالترك من غير شرط: فحسن لأن لكل أحد إباحة أرضه لمن شاء ولما شاء مما لم ينه عنه ، فان زاد فلصاحب المال أن يتطوع له بالزيادة لأنه ماله يهبه لمن شاء مالم يمنعه قرآن أو سنة ، والهبة فعل خير وفضل قال الله تعالى: ﴿وافعلوا الخير﴾^(٢)، وقال تعالى: ﴿ولا تنسوا الفضل بينكم﴾^(٣)، فان أبى فالبينة ، فان لم تكن بينة فهما متداعيان فى الزيادة -وهي بأيديهما معا- فكل واحد يقول: هي لي فيخلفان لأن كل واحد منهما مدعى عليه ، ثم يبقى لكل أحد ما بيده لبراءته من دعوى خصمه بيمينه»^(٤).

(=) إذ العروة أذن الكوز. المصباح السابق ج ٢ ص ٤٠٦ كتاب العين. مختار الصحاح ص ٢٢٦ باب العين.

ولعل ابن حزم أراد بالخروب : ذلك النبت المعروف وثمرته كالسنبل فى الشعير والقمح ولعله أراد ما يسقط من القصيل بعد خراجه بالحصاد أو الرعي.

(١) المحلى ج ٧ ص ٣٠٨ مسألة ١٤٣٤.

(٢) سورة الحج الآية: ٧٧.

(٤) سورة البقرة الآية: ٢٣٧.

(٤) المحلى ج ٧ ص ٣٠٩ ، ٣١٠ مسألة ١٤٣٥ ، ولاحظ النص الذى سبأتى فى مناقشته لأبى سليمان.

القول الثانى: الزيادة للمشتري مع ما اشترى. ويع قال أبو سليمان «داود الظاهرى».

المناقشة:

وقول أبى سليمان رده ابن حزم بقوله «وقال أبو سليمان: الزيادة للمشتري مع ما اشترى» ثم قال «وأما قول أبى سليمان: أن الزيادة للمشتري فخطأ. لأن المشتري إذا اشترى قدرا معلوما فله ما حدث فى العين الذى اشترى ، وللبائع ما زاد فيما استبقى لنفسه ولم يبعه من المشتري ، فالزيادة فى طول الساق للبائع لما ذكرنا لأنه ليس للمشتري إلا زرع ما اشترى فقط ، وإنما تأتى الزيادة من الأصل. وأما السنبل والحب والنور ، والورق والتبن والخروب فللمشتري لأنه فى عين ماله حدث -وقد جاء هذا عن بعض التابعين ... عن يحيى بن أبى كثير قال: لا بأس ببيع الشعير للعلف قبل أن يبدو صلاحه إذا كان يحصده من مكانه ، فان غفل عنه حتى يصير طعاما فلا بأس به»^(١).

مذهب الاباضية:

الناظر فى كتب الاباضية فى مسألة القصيل والكراث وكبرسيم مصر كما فى حاشية أبى مئة. يستطيع أن يخرج بالآتى:

١- من ناحية شرط القطع:

يرى الاباضية عدم جواز بيع القصيل إلا على القطع فلا يجوز إلا بشرط القطع فى الحال وهو الأصح. وقيل: يجوز بيعه على الاطلاق والاطلاق عنده محمول على القطع فى الحال كما هو عند الحنفية.

وعليه فيجبر المشتري على القطع فى الحال إلا أن أذن له البائع فى

(١) المحلى ج ٧ ص ٣١٠ . ٣٦١١ . مسألة ١٤٣٥ .

الترك.

يقول الشمينى «وجاز شراء قصيل لقصل» قال أطفيش «لقصل: أى لقطع ، فان بيع لقطع أو بيع على الاطلاق وبنينا على جواز البيع فى الاطلاق وتركه مشتره كله أو بعضه بلا إذن البائع حتى مضت ثلاثة أيام فهل يفسخ الشراء...»^(١).

٢- من ناحية حكم البيع إذا حدثت الزيادة:

للأباضية قولان:

القول الأول: يفسخ البيع إن ترك بلا إذن البائع وذلك بمضى ثلاثة أيام ، وقيل: بمضى سبعة أيام ، وقيل: لا يفسخ إلا بظهور الطيب ولو فى بعضه وهو قول ابن عبد العزيز النكاري.

القول الثانى: لا يفسخ البيع.

يقول الشمينى: وجاز شراء قصيل لقصل فان تركه مشتره حتى مضت ثلاثة أيام فهل يفسخ بها ، أو بسبعة ، أو حتى بطيب^(٢) ، أو لا يفسخ؟ ... أقوال» قال أطفيش: «لقصل: أى لقطع ، فان بيع لقطع أو بيع على الاطلاق ، وبنينا على جواز البيع فى الاطلاق وتركه مشتره كله أو بعضه بلا إذن البائع حتى مضت ثلاثة أيام ، فهل يفسخ الشراء بها أى بثلاثة الأيام أى بمضيها ، أو لا ، بل بمضى أيام سبعة ، أو لا يفسخ إلا إن تركه حتى بطيب أى يظهر الطيب ولو فى بعضه وهو قول ابن عبد العزيز»^(٣).

(١) النيل وشرحه ج ٨ ص ١١٩ ، وانظر الايضاح وحاشيته ج ٥ ص ٦١ ، ٦٦.

(٢) وطيب قصيل الهر والشعير ، ونحوهما واضح وقد تقدم وهو بدو صلاح ثماره ، وطيب قصيل نحو الجزر ، واللفت تبسه بل إدراك بذره الذي يحمله فوقه. شرح النيل ج ٨ ص ١٢٠.

(٣) النيل وشرحه ج ٨ ص ١١٩ ، ١٢٠.

ويقول الشماخى « إن اشتراه قصبلا على أن يقطعه فهو جائز ، وإن تركه ولم ينزعه حتى مضى ثلاثة أيام فقد انفسخ ، ومنهم من يقول سبعة أيام ، ومنهم من يقول إن تركه حتى طاب فالبيع منفسخ ، ومنهم من يقول: لا ينفسخ ولو طاب ... » (١).

٣- من ناحية حكم الزيادة:

سبق أن للاباضية قولين فى حكم البيع إن اتفق عدم القطع مع عدم إذن البائع للترك ثم حدثت زيادة فى القصيل.

أما على القول بانفساخ البيع فانهما يتراجعا فيرد المشتري القصيل جميعه للبائع ، ويرد له البائع الثمن. فان كان قد أذهب المشتري بعضه رد له مثله إن أمكن. وقيل: يعطيه ما ينوبه من الثمن. وقيل: يقوم وهو الواضح ، والقول الأول أوضح عند أطفيش ، وذلك أن البيع قد فسد فلا يعتبر ماعقدا من الثمن. والخلاف المذكور يثبت أيضا إن كان المشتري قد أذهب كل القصيل أعنى بزيادته (٢).

وأما على القول بصحة البيع فان الزيادة للبائع (٣) فليس لمشتريته مازاد على القدر الموجود حال الشراء ، وليس الوقوف عليه ممكنا بتحقيق بل بمسامحة ، أي أنهما شريكان ومعنى الاشتراك أن يكون قدر الشراء للمشتري ، والقدر الزائد للبائع (٤).

(١) الايضاح وحاشيته ج ٥ ص ٦٦.

ولاحظ ماسبق عندهم فى الشرط السابع من شروط صحة بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح « شرط القطع فى الحال ، ومدة التأخير المسموح بها » ص ١٩٧ من البحث.

(٢) شرح النيل ج ٨ ص ١١٩ ، ١٢٠ ، وانظر الايضاح وحاشيته ج ٥ ص ٦٦.

(٣) الايضاح ج ٥ ص ٦٩ ، شرح النيل ج ٨ ص ١٢٤ ، ١٢٥.

(٤) وهذا كما يقول أبو ستة: إذا كان قد اشترى القصيل وحده ليقضه. أما إن كان قد اشترى الزرع حالة كونه قصبلا وتركه حتى زاد فهما شريكان فى الزيادة على النحو الذى قدمناه عنهم فى حكم بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح فى الشرط السابع من شروط صحة البيع قبل بدو الصلاح ، حاشية أبى ستة على الايضاح ج ٥ ص ٦٦.

يقول الثميني «أو لا يفسخ؟ وعليه فإن طاب فليس لمشتريه ما زاد على قدر الشراء ، واشتركا فيه وفي قدر الزائد» قال أطفيش «وعليه فإن طاب فليس لمشتريه ما زاد على القدر الموجود حال الشراء وليس الوقوف عليه ممكنا بتحقيق بل بمسامحة^(١) واشتركا في قدر الشراء وفي قدر الزائد ، بأن يكون قدر الشراء للمشتري ، والقدر الزائد للبائع»^(٢).

والحكم المذكور ثابت سواء كان المشتري أو البائع يسقيها أم لاتسقى إلا أنه إذا لم يثبت ذلك لساقيه فله عناؤه^(٣).

هذا ولم أر للاباضية شيئا في التصديق بالزيادة.

ويعلم مما تقدم أنه إن كان الشراء على القطع وأذن البائع بالترك فانه يطيب للمشتري الفضل.

٤- من ناحية حكم بيع بطن ثان:

للاباضية قولان إجمالا وثلاثة تفصيلا.

القول الأول: لا يجوز الا شراء الموجود ليقصل على المعتاد فلا يجوز شراء جزتين أو ثلاثة أو أكثر. وهو الصحيح عند أطفيش.

وحجة هذا القول كما في الايضاح وشرح النيل: فلأنه عنده: بيع مالم يختلق منها لم يكن داخلا في بيع ماخلق ، ولا يجوز بيع بطن منها بشرط آخر للغرر الكثير.

القول الثاني: يجوز شراء قصلة أو قصلتين أو أكثر. مثل أن

(١) قوله: بل بمسامحة: ولذا حكم بالفسخ عند عدم المسامحة لما مضت مدة يزيد فيها على قدر اختلافهم هل هي ثلاثة أو سبعة أو ظهور الطبيب. قاله أطفيش.

(٢) النيل وشرحه ج ٨ ص ١١٩ ، ١٢٠ ، وانظر الايضاح وحاشية أبي ستة ج ٥ ص ٦٦ .

(٣) شرح النيل السابق ص ١٢٠.

يشتريه على أن يقضه ثم إذا نبت قضه.

القول الثالث: يجوز شراؤه سنة أو أقل أو أكثر ، أي يجوز شراؤه على المدة.

وحجة القولين في الجواز: هي الضرورة ، والغرر مع الضرورة غرر يسير. والغرر اليسير لا يؤثر في البيع.

أقول: والقول الثاني يجري العمل به في ريف مصر كما هو مشاهد لنا في البرسيم والخضروات.

وفي هذه الأقوال يقول أطفيش «وما يجوز ورقه وحده أو مع ثماره كالقصيل والكراث. فقيل: لا يجوز إلا شراء ما وجد ليقتل على المعتاد. وقيل: يجوز شراؤه على القصل بحسب ما اتفقا عليه من قصلة أو قصلتين أو ثلاث فصاعداً مثل أن يشتريه على أن يقضه ثم إذا نبت قضه. وقيل: يجوز على القصل أو السنة أو أقل أو أكثر على قدر ما يجبي ويؤيد على حسب اتفاقهما. والصحيح أنه لا يجوز إلا ما حضر فقط»^(١).

ويقول الشماخي في الإيضاح «والذي يثمر بطونا مختلفة اختلفوا في بيعه ، وذلك مثل غلة شجرة التين. قال بعضهم: لا يجوز بيعها. ومنهم من يقول: يجوز ما كان في ذلك الوقت ، وما زاد فهو للبائع ، ومنهم من يقول: له غلة تلك السنة كلها ما كان في ذلك الوقت وما زاد ويمكن أن تكون العلة في هذا الاختلاف. أما من أبطل بيعها فلأنه عنده بيع مالم يخلق منها لم يكن داخلاً في بيع ما خلق ، ولا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر. وأما من أجاز بيعها جاز عنده أن يباع مالم يخلق منها مع ما خلق وبدا صلاحه كما جاز بيع مالم يطب من الثمرة مع ما طاب ...» ثم يلحق الكراث والقصيل بما سبق في الحكم ذاكر سبب الخلاف فيقول «وكذلك على هذا

(١) شرح النيل ج ٥ ص ١٢٦.

المعنى بيع الكراث^(١) من أجاز بيعه أجاز جزءه أو جزئين أو أكثر من ذلك. ومن أبطله أبطله كما ذكرنا. فالعلة في هذا كله واحدة. ويمكن أن يكون السبب في هذا الاختلاف هل هو من الفرر المؤثر في البيوع أم ليس بمؤثر؟ وذلك أن اختلافهم يدل أن الفرر ينقسم بهذين القسمين. وغير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو باجتماع الأمرين^(٢).

خلاصة مقارنة في بيع القصيل ، والراجح :

(أ) : من جهة شرط القطع :

أ- في رواية عن عكرمة كراهة بيع القصيل سنبل أم لم يسنبل شرط القطع أم لم يشترط.

ب- وقال الثوري وابن أبي ليلى لا يجوز بيعه على الشرط مطلقا حتى ان شرط القطع لا يصح البيع.

ج- وقال ابن حزم الظاهري: يجوز بيع القصيل مطلقا عن شرط القطع، فان شرط القطع فلا بأس وكان البيع جائزا أيضا ، وهذا قبل أن يسنبل ، فان سنبل حرم بيعه إلى أن يشتد حبه فان اشتد حبه حل بيعه. وهو قول عكرمة في إحدى الروايتين.

د- اتفق العلماء المشهورين على جواز بيع القصيل بشرط القطع ، فأجازته الحنفية بشرط القطع ، ومطلقا والاطلاق عندهم محمول على القطع ، وهو قول للاباضية ، والأصح عند الاباضية أنه لا يجوز إلا بشرط القطع. ومشهور المالكية أنه لا يجوز بيعه قبل بدو الصلاح إلا بشرط القطع ومقابله جواز البيع على الإطلاق. وقال الشافعية: لا يجوز إلا بشرط القطع قبل بدو

(١) قال أبو ستة شارحه «ومنه بيع البرسيم في مصر».

(٢) الإيضاح وعليه حاشية أبي ستة ج ٥ ص ٦٨ ، ٦٩ ، وانظر. شرح النيل ج ٨ ص ١٢٤ ،

الصلاح بخلاف ما بعده فانه يجوز مطلقا.

وقال الحنابلة: لا يجوز البيع إلا بشرط القطع قبل بدو الصلاح وبعده ، واشترط القطع هو قول الحسن وعطاء . وقد اعترض ابن حزم على من أوقف صحة البيع على شرط القطع فقال: ومنع أبو حنيفة ومالك والشافعي من بيع القصيل حتى يصير حبا يابسا ، ولم يأت بهذا نص أصلا - ثم تناقضوا ، فأجازوا بيعه على القطع ، وكل هذا بلا برهان أصلا ، لا من قرآن ولا من سنة ولا قول صاحب ولا قياس ولا رأى له وجه ، ولا دليل لهم على ما منعوا من ذلك ، ولا على ما أباحوا به^(١).

ويقول: فان احتجوا بالمسلمين عند شروطهم؟ قلنا: هذا لا يصح ، وأنتم تصحونه ، فأين أنتم عنه فى منعكم جواز بيع القصيل على شرط الترك ، وإباحتم بيعه بشرط القطع ، وكلاهما شرط مجرد لم يأت به نص قرآنى ، ولا سنة أصلا ، ففرقتم بلا دليل^(٢).

والجواب: أن الجمهور إنما أوقف صحة البيع قبل بدو الصلاح على شرط القطع ، لأنه بالقطع تزول علة النهي عن بيع الثمار والزروع قبل بدو صلاحها - وهي الآفات والعاهات التى لا تؤمن إلا بعد بدو الصلاح. وهى نفس العلة التى جعلتهم يمنعون البيع قبل بدو الصلاح بشرط الترك. فافترق شرط القطع عن شرط الترك^(٣).

رأى الشوكانى:

يقول الشوكانى: والحاصل أن الذى فى الأحاديث النهي عن بيع الحب حتى يشتد ، وعن بيع السنبل حتى يبيض فما كان من الزرع قد سنبل أو

(١) المعلى ج ٧ ص ٣١٠ مسألة ١٤٣٥.

(٢) المصدر السابق ص ٣١٢ مسألة ١٤٣٧.

(٣) وقد أوضحنا هذا فى بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح بشرط القطع.

ظهر فيه الحب كان بيعه قبل اشتداد حبه غير جائز. وأما قبل أن يظهر فيه الحب والسنابل فإن صدق على بيعه حينئذ أنه المخاضرة كما قال البعض: أنها بيع الزرع قبل أن يشتد لم يصح بيعه لورود النهي عن بيع المخاضرة كما في باب النهي عن بيع الغرر^(١). لأن التفسير المذكور صادق على الزرع الأخضر قبل أن يظهر فيه الحب والسنابل وهو الذي يقال له: القصيل. ولكن الذي في القاموس: أن المخاضرة بيع الثمار قبل بدو صلاحها ، وكذا في كثير من شروح الحديث فلا يتناول الزرع لأن الثمار حمل الشجر كما في القاموس ، وسيأتى في تفسير المحاكلة عند البعض ما يرشد إلى أنها بيع الزرع قبل أن تغلظ سوقه ، فإن صح فذاك ، وإلا كان الظاهر ما قاله ابن حزم من جواز بيع القصيل مطلقا. أ.هـ. (٢).

أقول: هكذا نرى الشوكاني يرجع مذهب ابن حزم الظاهري وهو رواية عن عكرمة في حال ما لو كان القصيل قد سنبل فهذا يحرم بيعه قبل اشتداد حبه.

وأما قبل ظهور السنبل فإنه يرجع المنع إن صح تفسير المخاضرة بأنها بيع الزرع قبل أن يشتد ، أو إن صح تفسير المحاكلة بأنها بيع الزرع قبل أن تغلظ سوقه.

فإن لم يصح هذا ولا ذاك فإنه يرجع مذهب ابن حزم وهو جواز البيع على الإطلاق أما شرط القطع فليس بلام لصحة البيع. والراجع في نظرنا هو ما ذهب إليه الجمهور لما قدمناه.

(١) سبق تخريج حديث النهي عن بيع المخاضرة في النص الحاكم ص ٧٩ من البحث.

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦١.

ثانيا: من جهة بيع القصيل أكثر من جزء:

للفقهاء قولان:

القول الأول: لا يجوز بيع القصيل إلا جزء واحدة وبه قال الجمهور. الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ، وهو مشهور المالكية والاباضية ، وهو قول ابن حزم الظاهري ، وداود الظاهري ، والنخعي ، والشعبي ، وابن أشوع ، والقاسم ، ومجاهد ، والحسن ، وعطاء. وحجة هذا القول على الجملة: أنه لا ضرورة في بيعه أكثر من بطن واحد إذ بطونه متميزة.

القول الثاني: يجوز بيعه جزئين أو أكثر حتى ينقطع ، وأغترفر الغرر للضرورة لأن الغرر مع الضرورة غرر يسير. وبه قال المالكية في مقابل المشهور ، وهو قول للاباضية.

وفى قول للاباضية: يجوز بيعه مدة سنة أو أقل أو أكثر للضرورة.

الراجع:

والراجع من جهة الدليل هو قول الجمهور. إذ أن بيعه أكثر من جزء ، أو بيعه مدة -من بيع مالم يخلق ، ومن بيع السنين ، والمعاومة ، وكل ذلك منهي عنه. ولأنه يحدث فيه ماليس في البيع^(١).

ثالثا: من جهة حكم البيع بعد حدوث الزيادة:

إذا بيع القصيل ولم يتفق القطع حتى حدثت زيادة والحال أنها اختلطت وتعدر التمييز. فقد اختلف قول الفقهاء في أثر هذه الزيادة على صحة البيع ، وهذا الخلاف على قولين.

(١) المحلى ج٧ ص ٣١١ مسألة ١٤٣٦ ، بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٨ ، تهذيب الفروق ج٢ ص ٢٧٣ الفرق ١٩٣ ، الأم ج٣ ص ٤٩ ، ٨٤ مجلد / ٢ ، الشرح الكبير للمقدي ج٢ ص ٢١٨ ، المغنى ج٢ ص ٢٢٦ .

القول الأول: البيع صحيح ولا يفسخ. وبه قال الحنفية فيما لو كانت الزيادة فى عين المبيع كطول العود وغلظه ، وأيضا إذا كانت الزيادة فى غير عين المبيع كظهور أولاد إذا حدثت بعد التخلية لأن التخلية قبض وحكم البيع يتم ويتناهى بالقبض ، أو حدثت قبل التخلية وحلل البائع الزيادة للمشتري. وبالصحة قال بعض الشافعية قولا واحدا فى أحد الطريقين لأن طول العلف زيادة لاتتميز مثل كبر الثمرة ، وغاء الحيوان وفى الطريق الأخرى أحد القولين. وأصحاب القول الواحد أثبوا الخيار للمشتري إن كانت الزيادة قد حدثت قبل التخلية ، وأرجح الوجهين عند الرافعى أنه على الفور كخيار العيب ، والأكثر أنه على التراخى ، وعلى القول بالفور إن بادر البائع وسامح سقط خيار المشتري ، كما أنه لا خيار للمشتري إن حدثت الزيادة بعد التخلية ، بل إن اتفقا على شئ فذاك ، وإن استمر التنازع فالقول قول صاحب اليد بيمينه فى حق قدر الآخر.

وأصحاب الطريق الأخرى لم يشبثوا خيارا للمشتري ، فالحال قبل التخلية كبعدها ، وإنما يقال للبائع: أسمع للمشتري بالزيادة؟ فإن سمع بها لزم البيع ، وإن شح بها وأقاما على التنازع فسخ الحاكم بينهما وتراجعا. والقول بصحة البيع رواية عند الحنابلة لأن المبيع بحاله ، وغاية الأمر أنه انضاف إلى غيره وذلك لا يقتضى البطلان كما لو اشترى حنطة فاختلفت بأخرى ولم تتميز ، أو ثوبا فاختلف بغيره. وبالصحة قال ابن حزم الظاهرى قبل أن يسنبل ، والقول بالصحة أحد القولين عند الإباضية. وهو قول الثورى ، وداود الظاهرى وغيرهم.

القول الثانى: البيع يبطل وينفسخ. وبه قال المالكية. وهو قول الحنفية إذا حدثت الزيادة فى غير عين المبيع قبل التخلية واختلفت فلم تعرف ولم يحلل البائع الحادثة للمشتري والبطلان قول فى أحد الطريقين للشافعية لأنه قد حدث فى المبيع ما ليس فى البيع ولأن أصله للبائع وفرعه

الظاهرى للمشتري فان كان يطول فيخرج من مال البائع إلى مال المشتري منه شئ لم يقع عليه صفقة البيع فيكون المشتري قد أخذ مالم يشتر فيفسد البيع لتعذر التسليم فأشبه الهلاك ، والبطلان أصح الروايات فى مذهب الحنابلة للنهى عن بيع الزرع قبل اشتداد حبه خص منه ما اشتراه بشرط القطع فقطعه فيبقى ماعده على التحريم ، ولأن القول بالصحة يجعل ذلك ذريعة إلى الحرام ، ولأن مال المشتري اختلط بمال البائع قبل التسليم على وجه لا يتميز منه فبطل به البيع كما لو تلف. والبطلان هو قول عند الاباضية أيضا.

الراجع:

تقدم فى مذهب المالكية مناقشة ابن حزم للامام مالك ، وخلاصة هذه المناقشة: أن الامام مالكا أقر بصحة البيع وليس هناك معنى للقول بفسخه بعد الاقرار بصحته فهو قول لادليل عليه ، وهذا ما لا يجوز إلا بقرآن أو سنة.

وما قيل للامام مالك يقال لغيره ، ومن ثم فالراجع فى نظرنا هو القول بصحة البيع وأنه لا خيار للمشتري. وإنما يقال للبائع: أسمع للمشتري بالزيادة؟ فان سمح بها لزم البيع ويجبر المشتري على قبولها ولا منة فى قبولها لأنها فى بيع يراد إمضاؤه. وإن شح بها وأقاما على التنازع فسخ الحاكم بينهما وتراجعا. وما رجحناه هو أحد القولين عند الشافعية فى إحدى الطريقين. والقول بأن التسليم متعذر فيبطل البيع مردود بأن التسليم ممكن بالطريقة المذكورة.

رابعاً: لمن تكون الزيادة على القول بصحة البيع؟

منهم من قال: أنها للمشتري. ومنهم من قال: هي للبائع. ومنهم من قال هما شريكان. ومنهم من قال بالتصدق بها.

أما الحنفية فقد رأينا عندهم أن الزيادة إذا كانت فى عين المبيع وقد أذن البائع للمشتري بالتأخير فى القطع أو كان اشترى بعد تناهي عظم القصيل فهذه الزيادة للمشتري تطيب له ولا يتصدق منها بشئ. أما إذا لم يأذن له بالتأخير وحدثت زيادة فهي للمشتري أيضا لكنه يتصدق بها لحصولها بأمر محظور.

وحكى ابن حزم الظاهري عن الامام أبى حنيفة أنه رجع عن قوله: أنها للمشتري ، إلى قوله: أنها للبائع.

وروى عن محمد بن الحسن أن الزيادة لهما ويتصدقان بها ، وهي حكاية ابن قدامة الحنبلي أما إن كانت فى غير عين المبيع وحدثت قبل التخلية فهي للبائع وله أن يحلها للمشتري ، وأما بعد التخلية فالبائع والمشتري شريكان فى الموجود والحادث أى فى القصيل كله لا اختلاط ملك احدهما بالآخر اختلاطا لا يمكن التمييز بينهما ، والقول قول المشتري فى المقدار مع يمينه لأن اليد له.

وأما الشافعية فقد فرقوا بين حالين. الحال الأولى: ان كان الشراء بشرط القطع فلمن تكون الزيادة؟ وجهان. الوجه الأول: أنها للبائع حتى السنايل. ورجحه جمع إذ هو ظاهر النص واعتمده النهاية وجزم به غير واحد. لأن زيادة الزرع زيادة قدر لصفة فكانت للبائع.

الوجه الثانى: أنها للمشتري فى شرط القطع كما فى شرط القلع واختاره الأذرعى قياسا على القطن لكنه مردود بالفارق بين الزرع والقطن بأن المقصود فى القطن هو الثمرة فوجب جعلها للمشتري بخلافه هنا فان الزرع مقصود كسنايله فأمكن جعلها للبائع دونه.

الحال الثانية: ان كان الشراء بشرط القلع فهي للمشتري وجها واحدا لانه ملك أصل الزرع الذي يحدث منه الزيادة.

وليس عند الشافعية تصدقا بالزيادة.

وأما الحنابلة: فأشهر الروايات ثلاث: أظهرها أن البائع والمشتري شريكان في الزيادة.

والثانية: يتصدقان بها ، ومعنى التصديق بالزيادة أو الاشتراك فيها: أن ينظر كم قيمتها وقت العقد ، وكم قيمتها بعد الزيادة فما بينهما هو محل الصدقة أو الاشتراك.

والرواية الثالثة: الزيادة كلها للبائع. ويرى ابن أبي موسى من الحنابلة أن هذه الروايات إنما هي في الثمر لا في الزرع، فالزرع لاختلاف في أن الزيادة للبائع. وكونها للبائع هو قول الاباضية ، وهو قول ابن حزم الظاهري. وأما داود الظاهري فيرى أنها للمشتري ، وهو قول الثوري إلا أنه قال: يتصدق بها المشتري. فالتصدق بالزيادة لم أره إلا في مذهب الحنفية ، والحنابلة ، وكذا الثوري.

الراجع:

هاجم ابن حزم الظاهري كل من قال بأن الزيادة للمشتري. كما هاجم من قال بالتصدق بها^(١).

والذي نراه هو أن تكون الزيادة للبائع إذا كان الشراء بشرط القطع ولم يقطع المشتري حتى حدثت الزيادة وهو أحد الوجهين عند الشافعية ، والأرجح عند أكثرهم. وتكون للمشتري إذا كان الشراء بشرط القلع فلم يقلع حتى حدثت الزيادة وهو ما اتفق عليه الشافعية في هذه الحالة لأن المشتري ملك أصل الزرع الذي يحدث منه الزيادة ، بخلاف ما لو اشتراه بشرط القطع. وحجة الترجيح وجهة هذه التفرقة ، وليس في المسألة نص.

(١) راجع مناقشات ابن حزم للمذاهب الفقهية السابقة.

خامسا: حكم الخلفة:

تقدم فى مذهب المالكية: أن الخلفة ما يخلق من الزرع بعد جزه وكل شئ خلف شئ فهو خلفته. وخلفة البرسيم فى مصر تسمى بالربة كما صرح بذلك الشافعية^(١).

أما عن حكمها: فقال الشافعية: ان خلف بعد قطعه فما خلفه للبائع إن كان الشراء قد وقع بشرط القطع ، وأما إن كان الشراء بشرط القلع فقط فان ما أخلفه للمشتري.

والمنصوص على الامام أحمد: أنها للبائع لأنه لو تصرف البائع فى أرضه بعد فصل الزرع بما يفسد الأصول كان له ذلك ولو كان الباقي مستحقا للمشتري لملك منعه من هذا التصرف. وهو قول ابن حزم الظاهري.

وأما المالكية: فيرون أن الخلفة للبائع ولا تكون للمشتري إلا بالشرط، فيجوز اشتراط خلفة القصيل ، وفرقوا بينها وبين البطن الثانية فى الثمر حيث لايجوز اشتراطها على المشهور بان خلفة القصيل إنما تخلفت عما بقى من القصيل بخلاف البطن الثانية.

وللمالكية شروط خمسة فى جواز اشتراط الخلفة وقد سبق ذكرها فى مذهبهم بالتفصيل.

والراجع فى الخلفة هو ماذهب إليه الشافعية من التفرقة بين شرط القطع ، وشرط القلع كما تقدم فى أصل القصيل^(١).

(١) أقول: وهي تسمية واقعية قائمة إلى الآن عند أهل الزرع فى بلادنا.

(٢) هذه هى الخلاصة ، ومن رام التفصيل فعليه بما سبق فى المذهب.

الفصل الخامس

متفرقات فى بيع الثمار والزروع مفردة

المسألة الأولى: ما يكون به القبض فى بيع الثمار والزروع:

للفقهاء قولان فيما يحصل به قبض الثمار والزروع إذا بيعت مفردة.

القول الأول: يحصل القبض بالتخلية. فالمشتري يتسلط على

التصرف بتخلية البائع بينه وبينها لحصول القبض بها بدون القطع. وبه قال الحنفية^(١) والمالكية^(٢) وهو أصح الوجهين عند الشافعية كما فى قواعد الأحكام ، وكما فى أصل الروضة^(٣) واستظهره فى الجواهر ، وكذلك

(١) يقول سعد جلى فى قبض الثمر «تسلمه يتحقق بالتخلية» ويقول أيضا «أنت خير بأن شرط الترك على النخيل لا ينافى تسليم المقعود عليه على ماسيجى فى مسألة حدوث ثمرة أخرى من أن تسليمه يتحقق بالتخلية» حاشية سعد جلى مع الهداية وشروحها ج٥ ص ٤٨٩ ، وانظر. بدائع الصنائع ج٥ ص ١٧٣ ، الاختيار ج٢ ص ٧ ، حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤٠ ، تبين الحقائق وحاشية الشلبى ج٤ ص ١٢ ، مجمع الأنهر والدر المنتقى ج٢ ص ١٩ ، ٢١ ، الهداية وشرح العناية ، وشرح فتح القدير وشرح الكفاية ج٥ ص ٤٩١ ، ٤٩٢ ..

(٢) حيث أن القبض عند المالكية فى غير العقار يكون بحسب العرف. منع الجليل ج٥ ص ٢٣٢ ، وعليه فيكون القبض فى الثمار والزروع بالتخلية لأنه مما يجرى به العرف. وهذا فى البيع الصحيح. أما فى البيع الفاسد فالقبض فيه بقطعه وجذاذه فعندهم إذا بيع الحب فريكا قبل أن ييبس فسخ إلا إن فات بقبضه بعد جده «ويعضى بقبضه أي حصده» جواهر الاكلیل ج٢ ص ٦١ «وقبضه جذاذه» العدوى على الخرشى ج٥ ص ١٨٧ مجلد / ٣ «والظاهر أن قبضه جذاذه» شرح الخرشى السابق ص ١٨٦ ، وانظر. الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج٣ ص ١٧٨ ، ١٧٩ ، الشرح الصغير ج٤ ص ٣١٤ ، ٣١٥ ، القوانين ص ٢٢١ ، المنتقى ج٤ ص ٢٤٨ ، تهذيب الفروق ج٤ ص ٢٤٢ وما بعدها الفرق ١٨٥ ، ١٨٦ ، بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣١ ، وانظر أيضا شرح الخرشى ج٥ ص ١٥٩ مجلد / ٣ .

وفى حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٣ ص ١٤٦ ، ١٤٧ «... الفاسد لا بد فيه من القبض بالفعل ولا يكفى فيه التمكن».

(٣) يقول العز بن عبد السلام فى الباب الرابع فى الاقباض وأنواعه «النوع الرابع: الثمار على الأشجار إذا أئتمت وبدا صلاحها ، والأصح أن تخليتها قبض لها» قواعد الأحكام (=)

الأذرعى^(١) وعلى كل حال هو قول جمهور الشافعية^(٢) وهو قول الحنابلة^(٣).

(=) ج٢ ص ٢٤٨ ، ٢٤٩ ، ويقول الرملی «فی الأصل: الأصح حصول القبض بالتخلية ويضمن بها المشتري» حاشية الرملی على الأسنى ج٢ ص ١٠٨.

(١) فی حاشية الشروانی والعبادی «وفی شرح العباب للشارح «تنبيه» قال فی الجواهر: ثم إذا صح البيع أي بيع الثمار بشرط القطع فيظهر من جهة النظر أن قبضه بالتخلية فتكون مؤنة القطع على المشتري لأنه التزم له تفريغ أشجاره أ.هـ. واستظهره الأذرعى قال: كبیع الزرع الأخضر فی الأرض بشرط قطعه. ثم ذكر أن الأذرعى نقل عن شرح المنهاج للسبکی أنه لا یكفی التخلية هنا بل لابد من النقل ، وعن قطعه على المذهب أنه تردد فی ذلك ثم قال: إن الذي يظهر من كلامهم أنه لا تكفی التخلية فالمؤنة على البائع. ويظهر أثره فيما لو تلف قبل قبضها هل یجرى فيها خلاف الجوانح؟ وعن البهوی والرافعی ما هو ظاهر فی موافقة الجواهر ، وأطال فی ذلك. وقول الأذرعى كبیع الزرع الأخضر يدل على الاكتفاء فيه بالتخلية ، وقد تقدم عنه فی مبحث القبض ما یوافق ذلك» حاشية الشروانی ج٤ ص ٤٦٠ ، ٤٦١ ، حاشية العبادی ج٤ ص ٤٦٢.

(٢) يقول الماوردي «القبض فی الثمار يتأخر. لأن القبض فی الثمار بالتمكين منها كالعقار» الحاوی الكبير ج٦ ص ٢٣١ ويقول عميرة «التسليم بالتخلية» حاشية عميرة ج٢ ص ٢٣٣ وفي ص ٢٣٦ «أنه لما كان الثمر متروكا إلى أوان الجذاذ جعلنا قبضه قبل تلك المدة بالتخلية لشبهه فيها بالعقار» ويقول الرملی «لأنها لو كانت متروكة إلى مدة جعلنا قبضها قبل تلك المدة بالتخلية لشبهها بالعقار» حاشية الرملی على الأسنى ج٢ ص ١٠٨ وانظر. الروضة ج٢ ص ٢٢١ ، المذهب ج١ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ ، شرح المحلى ج٢ ص ٢٣٧ ، تحفة المحتاج وحاشية الشروانی ج٤ ص ٤٦٩ ، الحاوی الكبير ج٦ ص ٢٠٦ ، الشامل ص ٢٥٧ ، تنمة الابانة ج٤ ورقة ١٦٤ ، البیان ص ١٦٤ ، حاشية الشروانی والعبادی ج٤ ص ٤٦٣ ، أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٨.

أقول: وكون الثمر متروكا إلى أوان الجذاذ عند الشافعية إنما هو فی ثمر وزرع بدأ صلاحه لأنه هو المبقى إلى أوان الجذاذ كما مرّ فی ص ٣٠٠ من البحث.

(٣) يقول ابن قدامة «التسليم بالتخلية بدون القطع بدليل جواز بيعها والتصرف فيها» المغنى ج٤ ص ٢٢٧ ، والشرح ج٤ ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ ، ويقول البهوتی بعد بیان ما يكون القبض فيه بالكيل أو الوزن ، وما يكون بالنقل ، وما يكون بالتناول «ويحصل القبض فيما عدا ذلك المتقدم ذكره من عقار ، وهو الضيعة والأرض والبناء والغراس ونحوه كالثمر على الشجر بتخليته مع عدم مانع أي حائل» كشف القناع ج٢ ص ٢٤٦ ، ٢٤٧ ، ص ٢٨٣ ، الروض المربع ج٢ ص ١٠٥ ، وانظر. الانصاف ج٤ ص ٤٦٤ : ٤٧٣ ، شرح الزركشى ج٢ ص ٥٤٠ ، ٥٤٤ ، وعن الامام أحمد رواية بأن قبض جميع الأشياء بالتخلية مع التمييز، نصره القاضي وغيره، الانصاف ج٤ ص ٤٦٩ ، ٤٧٠ (=)

القول الثانى: التخلية لاتكفى فى القبض بل لا يكون إلا بالنقل فى ثمرة بيعت بعد أوان الجذاذ. وبه قال الشافعية فى الوجه الثانى. ففى الأسنى والرملى: لكن فى الأصل مايؤخذ منه أنه لو باع الثمرة بعد أوان الجذاذ لم يحصل قبضها إلا بالنقل فلا يتسلط المشتري عليها قبله ولو بعد التخلية^(١) وهو المنقول عن شرح المنهاج للسبكي^(٢) وكلام الرافعى يقتضيه كما قال الأسنوى^(٣).

وعلى الوجه الأول عند الشافعية مؤنة القطع على المشتري لأنه التزم له تفريغ أشجاره. وعلى الوجه الثانى المؤنة على البائع^(٤).

أثر القبض:

يظهر أثر القبض فى أمور^(٥) منها الضمان والكلام فى الضمان يطول

(=) واتلاف المشتري للمبيع: قبض مطلقا على الصحيح من المذهب. وقيل: ان كان عمدا فقبض ، وإلا فلا ، وغصبه ليس بقبض. الانصاف ج٤ ص ٤٧٣.

(١) أسنى المطالب وحاشية الرملى ج٢ ص ١٠٨.

(٢) «الأذرعى نقل عن شرح المنهاج للسبكي أنه لا يكفى التخلية هنا بل لابد من النقل» حاشية الشروانى ج٤ ص ٤٦٠ ، ٤٦١ ، حاشية العبادى ج٤ ص ٤٦٢.

(٣) وقال الأسنوى: نعم لو باع الثمر بعد أوان الجذاذ ، فقد تقدم فى الكلام على القبض أن كلام الرافعى هناك يقتضى توقف قبضه على النقل ، وهو متجه « حاشية عميرة ج٢ ص ٢٣٦.

(٤) «وفى الجواهر: ... فيظهر من جهة النظر أن قبضه بالتخلية فيكون مؤنة القطع على المشتري لأنه التزم له تفريغ أشجاره». حاشية الشروانى ج٤ ص ٤٦٠ ، ٤٦١ ، حاشية العبادى ج٤ ص ٤٦٢.

وبعد ذكر كلام شرح المنهاج للسبكي فى عدم الاكتفاء بالتخلية وأنه لابد من النقل جاء «إن الذى يظهر من كلامهم أنه لا تكفى التخلية فالمؤنة على البائع» حاشيتى الشروانى والعبادى السابقين.

(٥) منها أنه عند الحنفية اذا اشترى ثمرة على الشجر على القطع ولم يقطع حتى حدثت أخرى واختلطت الحادثة بالموجودة عند الشراء ولم تتميز. أنه ان كان الاختلاط قبل التخلية فان العقد يبطل على ظاهر المذهب إلا ان حلل البائع للمشتري الثمرة الحادثة. أما إذا كان الاختلاط بعد التخلية فالبيع صحيح باتفاق وهما شريكان فى الثمرة. (=)

لأنه فى الثمار يتصل اتصالا وثيقا بالجوانح وللفقهاء اختلاف واسع فيها ومن ثم فإننا سنقتصر على أهم ما قيل هنا أعنى فى القبض. وتتبع نصوص الفقهاء رأينا أن الحنفية^(١) والشافعية^(٢) يرون أن الضمان بعد القبض فى الثمار والزروع من المشتري ، وقبله من البائع وإن كان عند الشافعية قد يجرى فيها خلاف الجوانح.

وأما المالكية: فيرون أن الثمار المبيعة بيعا صحيحا على أصولها بعد الطيب فضمامها على بائعها إلى وقت أمن الجائحة وأمنها بتناهى الطيب أي سواء جذها المشتري بعد ذلك أم لا فمتى تنهى طيبها انتقل

(=) وكذلك بعض الشافعية يفرق فى الاختلاط بين ما قبل التخلية وما بعدها ويقول بانفساخ العقد إذا كان الاختلاط قبل التخلية لا بعدها. والبعض الآخر يقول بعدم الانفساخ ولكن للمشتري الخيار فى هذه الحالة.

راجع ماتقدم فى المذهبين ص ٥٣٥ من البحث.

(١) يقول ابن الهمام «ومالم يسلم المبيع هو فى ضمان البائع فى جميع زمان حسبه» شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩٦ ، وانظر. بدائع الصنائع ج٥ ص ٢٧٢ ، ٢٧٣ ، حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤٤ ، تبين الحقائق ج٤ ص ٣٦ ، ٣٧ ، ولهم وراء ذلك تفصيل.

(٢) يقول الرملى «فى الأصل: الأصح حصول القبض بالتخلية ويضمن بها المشتري» حاشية الرملى على الأسنى ج٢ ص ١٠٨ ، وفى الشروانى والعبادى «ويظهر ثمرته فيما لو تلفت قبل قبضها هل يجرى فيها خلاف الجوانح؟» حاشية الشروانى ج٤ ص ٤٦٠ ، ٤٦١ ، حاشية العبادى ج٤ ص ٤٦٢ ، وانظر حكم تلفها فى جميع الأحوال ، الحارث الكبير ج٦ ص ٢٥٠ : ٢٥٢.

وفى الأسنى: أن تلف الثمرة قبل القبض يؤدى إلى فسخ البيع إذا بيعت مفردة ، فإذا بيعت مع أصلها انفسخ فى الثمرة دون الشجر بناء على القول بتفريق الصفقة «لو باع الثمرة مع الشجرة فتلفت الثمرة قبل التخلية انفسخ العقد فى الثمرة لا فى الشجر تفريقا للصفقة» أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٨.

هذا. وقد ذكر ابن جزى فى القوانين اتفاق الأئمة الثلاثة على أن المبيع بعد قبضه من ضمان المشتري وخسارته منه باتفاق إلا أن الامام مالكا خالف فى مسائل منها مابيع من الثمار فأصابته جائحة ، وأما قبل القبض فالضمان عند أبى حنيفة والشافعى من البائع مطلقا ، أما المالكية فالأمر عندهم كذلك إلا فى مسائل منها بيع الثمار قبل كمال طيبها. وسيأتى مذهب المالكية. انظر. القوانين ص ٢١٣.

الضمان لمشتريها^(١).

ويلاحظ أن ضمان البائع المذكور إنما هو بالنسبة للجائحة فقط كما إذا تساقطت الثمار بريح أو مطر أو برد أو أخذ الجيش لها ، وأما المعين كالغاصب والسارق فليس بجائحة. وعليه فالضمان في غير الجائحة من المتاع بمجرد العقد كما في الغصب والسرقة وأما الثمار المبعة بيعا فاسدا فالضمان له حالتان.

الحال الأولي: ان اشترت بعد طيبها فضمانها من المشتري بمجرد العقد لأنه لما كان متمكنا من أخذها كان بمنزلة القبض وهذه الحالة يلغز بها عند المالكية. يقول الدسوقي «فيقال: لنا فاسد يضمن بالعقد».

الحال الثاني: إن اشترت قبل طيبها فضمانها من البائع حتى يجذها المشتري^(٢) كذا في المجموع وتبعه عبد الباقي والحرشي. وكتب عليه الشيخ أحمد النفراوي: لي فيه وقفة مع ماسبق من أن الفاسد لابد فيه من القبض بالفعل ولا يكفي فيه التمكن^(٣).

(١) ولعل هذا هو المقصود عند الاطلاق في العبارة كقول بعضهم «وضمان الثمرة من البائع مادامت في رؤوس الشجر» الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج٢ ص ١٧٧ ، شرح الحرشي وحاشية العدوي ج٥ ص ١٥٩ ، ١٨٥ مجلد / ٣ ، حاشية الصعیدی علی كفاية الطالب ج٢ ص ١٤٨ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوي ج٤ ص ٣١٢ ، المنتقى ج٤ ص ٢٥٠.

(٢) لأن قبضها حينئذ هو قطعها في المشهور. وقد سبق بهامش المالكية في القول الأول أن القبض في البيع الفاسد يكون بالجاذذ والحصاد. كما لو باع الحب قائما في الأرض قبل بيسه.

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج٢ ص ١٤٦ ، ١٤٧ ، ولا حظ بداية المجتهد ج٢ ص ٢٢٢ ، ٢٢٣.

ويحكى ابن جزى مذهبه ، ومذهب أبي حنيفة ، والشافعي مجملا فيقول «مسألة في ضمان المبيع: أما بعد قبضه فضمانه من المشتري وخسارته منه باتفاق. إلا ما بيع من الرقيق حتى يخرج من عهدة الثلاث ، وما بيع من إماء بما فيه المواضعة حتى تغرج منها ، وما بيع من الثمار فأصابته جائحة ، وأما قبل القبض فالضمان عندهما * من البائع (=)

وأما الحنابلة: فالمشهور فى المذهب وعليه جماهير الأصحاب أن ماعدا المكيل والموزون والمعدود ، والمذروع يجوز للمشتري التصرف فيه قبل قبضه وعليه فقد جعلوا الضمان من المشتري إن تلف. وقالوا: إنه من مفردات المذهب^(١).

ومن آثار التخليفة فى الثمار والزروع عند الجمهور أنه يجوز للمشتري بيعها روى ذلك عن الزبير بن العوام والحسن البصرى ، وأبى حنيفة والشافعى وابن المنذر.

وحجته: أنه يجوز للمشتري التصرف فيه فجاز بيعه كما لو قطعه.

وكرهه ابن عباس وعكرمة وأبو سلمة. وحجته: أنه تبع له قبل قبضه فلم يجز كما لو كان على وجه الأرض ولم يقبضه.

(=) مطلقا ، وأما فى المذهب فإن الضمان ينتقل إلى المشتري بنفس العقد فى كل بيع إلا فى خمسة مواضع. * الأول: بيع الغائب على الصفة بخلاف فيه. الثانى: ما بيع على الخيار. الثالث: ما بيع من الثمار قبل كمال طيبتها. الرابع: ما فيه حق توفية من كيل أو وزن أو عدد بخلاف الجزأى ، فإن هلك المكيل أو الموزن بعد امتلاء الكيل واستواء الميزان وقبل التفريغ فى وعاء المشتري فاختلف هل يضمنه البائع أو المشتري. الخامس: البيع الفاسد الضمان فيه من البائع حتى يقبضه المشتري «القوانين الفقهية» ص ٢١٣.

* هما: أبو حنيفة والشافعى كما فى مقدمة القوانين ص ٧.

* زاد الدسوقي ثلاثة فصارت ثمانية. الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ١٤٦ ، ١٤٧.

(١) جاء فى متن المقنع مع الانصاف «وما عدا المكيل والموزون: يجوز التصرف فيه قبل قبضه، وإن تلف فهو من ضمان المشتري» الانصاف ج ٤ ص ٤٦٦ ، وانظر المغنى ج ٤ ص ٢٢٧ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٢٢٩ ، ٢٣٠.

قال المرداوى «وقد تقدم أن المعدود والمذروع كهما فما عدا هذه الأربعة يجوز التصرف فيه قبل قبضه. وإن تلف فهو من ضمان المشتري ، وهذا هو المذهب وعليه جماهير الأصحاب. قال الزركشى: هو الأشهر عن الامام أحمد ، والمختار لجمهور الأصحاب ، وصححه ابن عقيل فى الفصول ، وهو من مفردات المذهب. وعنه يجوز التصرف فيه إن لم يكن مطعوما ... وذكر أبو الخطاب رواية أخرى: أنه كالمكيل والموزون فى ذلك فلا يجوز التصرف فيه مطلقا ولو ضمنه اختاره الشيخ تقي الدين وجعلها طريقة الحرقى وغيره ، وقال: عليه تدل أصول أحمد: كتصرف المشتري فى الثمرة» الانصاف ج ٤ ص ٤٦٦ (=)

ونوقش بأن قولهم: لم يقبضه ممنوع ، فان قبض كل شيء بحسبه وهذا قبضه التخلية وقد وجدت^(١).

المسألة الثانية: على من يكون جذاذ الثمر وحصاد الزرع ؟

إذا بيعت الثمار والزرع مفردة فعلى من يكون جذاذه وحصاده^(٢) ؟ هل على المشتري أم على البائع ؟.

تحقيق مذهب الحنفية فى بيع الحب دون سنبله:

ينقل ابن قدامة عن أبى حنيفة أن الجذاذ والحصاد على المشتري هكذا

(=) ويذكر الزركشى أساس الضمان والتصرف فيقول: «فالفتقر إلى القبض يكون قبله من ضمان البائع ولا يجوز لمشتريه التصرف فيه. وما لا يفتقر إلى قبض من ضمان مشتريه وله التصرف فيه سواء قدر على القبض أم لم يقدر» شرح الزركشى ج٣ ص ٥٤٠ ، ٥٤٤ ، وانظر الانصاف ج٤ ص ٤٦٤.

ثم للحنابلة تفصيل فيما إذا كان التلف بأفة سماوية أو بفعل آدمي ، وهذا محلله الجوائع فى الثمار والزرع.

(١) جاء فى الشرح الكبير للمقدسى ج٤ ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ «ويجوز لمشتري الثمرة بيعها فى شجرها. روى ذلك عن الزبير بن العوام والحسن البصرى وأبى حنيفة والشافعى وابن المنذر وكرهه ابن عباس وعكرمة وأبو سلمة لأنه تبع له قبل قبضه فلم يجز كما لو كان على وجه الأرض ولم يقبضه. ولنا: أنه يجوز له التصرف فيه فجاز بيعه كما لو قطعه. وقولهم لم يقبضه ممنوع فان قبض كل شيء بحسبه ، وهذا قبضه التخلية وقد وجدت». وانظر. المغنى ج٤ ص ٢٢٤ ، ٢٢٧ ، وأيضاً الشرح الكبير ج٤ ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ ، الروض المربع ج٢ ص ١٣٢ ، ١٣٣ ، الانصاف ج٤ ص ٤٦٦ ، وفى كشاف القناع ج٢ ص ٢٨٣ «... وهنا حصل التسليم بالتخلية دون القطع بدليل جواز التصرف فيه» وفى ص ٢٨٥ «ولمشتري الثمرة بعد بدو الصلاح تعجيل قطعه وبيعه قبل جذه لأن ملكه عليه تام».

وعند الشافعية «ويتصرف مشتريه أى مشتر ما بدا صلاحه من كل وجه» شرح جلال المحلى ج٢ ص ٢٣٦.

(٢) قد يعبر البعض عن الكل كالقطع والقلع بالحصاد. فمثلاً يقول الخرقي «والحصاد على المشتري» ويعلق عليه الزركشى فيقول «الحصاد قطع الزرع والخرقى رحمه الله كأنه استعمله فى جميع ما تقدم لأن الجميع قطع» شرح الزركشى ج٣ ص ٥١٢.

باطلاق. يقول ابن قدامة «من اشترى زرعاً أو جزءاً من الرطبة ونحوها أو ثمرة في أصولها فإن حصاد الزرع وجزء الرطبة وجزء الثمرة وقطعها على المشتري ... وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً»^(١).

بينما ينقل ابن رشد عن الكوفيين أن حصاد السنبيل على البائع ، يقول «بيع السنبيل إذا طاب على من يكون حصاده ودرسه؟ واختلف الذين أجازوا بيع السنبيل إذا طاب على من يكون حصاده ودرسه ، فقال الكوفيون: على البائع حتى يعمل حبا للمشتري. وقال غيرهم: هو على المشتري»^(٢).

وأقول: لما كان الحنفية يجيزون بيع الحب في سنبله دون غلافه كما تقدم عندهم في بيع المستتر بغلافه^(٣) قالوا في المختار عندهم بما حكاه ابن رشد: أعنى أن مؤنة تسليمها حبا على البائع. ففي الاختيار «وبجوز بيع الحنطة في سنبليها والباقي في قشره ... وعلى البائع تخليصه بالدياس والتذرية»^(٤).

«وقال في الخلاصة أيضاً: ... ولو اشترى حنطة في سنبليها فعلى البائع تحصيلها بالدوس والتذرية ودفعها إلى المشتري: هو المختار»^(٥).

وحتى لو شرط ذلك على البائع فالبيع صحيح لأن البيع يقتضى هذا من غير شرط. يقول الكاساني «إذا اشترى الحنطة في سنبليها وشرط الحصاد

(١) المغنى ج٤ ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، والشرح ج٤ ص ٢٢٩ ، ٢٣٠.

(٢) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٣٢.

(٣) راجع ماتقدم عندهم في ص ٤٠٥ من البحث.

(٤) الاختيار ج٢ ص ٧.

(٥) حاشية الشلبي وتبيين الحقائق ج٤ ص ١٣ ، ١٤ ، وانظره في الدر المنقى ومجمع

الأنهر ج٢ ص ٢٠ ، ٢١ ، والدر المختار وحاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤٣ ، وما يؤكد

ما ذكرته عن كتب الحنفية قول صاحب الدر المختار السابق «... كصحة بيع بر في سنبله

بغير سنبل البر ... وعلى البائع إخراجه إلا إذا باع بما فيه».

على البائع ونحو ذلك فالبيع جائز لأن البيع يقتضى هذا من غير شرط فكان ذكره فى معرض الشرط تقريراً لمقتضى العقد فلا توجب فساد العقد»^(١).

وهكذا مذهب الحنفية فيما بيع على الكيل أو الوزن أما المبيع على الجزاف فالحصاد والجذاذ على المشتري^(٢) كما هو قول الجمهور وسيأتى.

إذا اتضح ذلك فالحنفية يقولون بالحصاد على المشتري إذا بيع الحب مع سنبله وبهذا يتفقون مع من أجاز بيع الحب مع سنبله^(٣) وبه قال الحنفية أيضاً فى الزرع والرطوبة: وفى جذاذ الثمر بعد تخلية البائع بين المشتري وبين الزرع والثمر^(٤) ومن قال بأن الحصاد والجذاذ على المشتري

(١) بدائع الصنائع ج٥ ص ١٧١ ، وعلى ما ذكرته من واقع كتب الحنفية يكون ما ذكره ابن قدامة عن الحنفية إما مقابل المختار ، وإما إذا بيع على الجزاف ، وإما إذا بيع السنبل مع ما فيه من حب . وستأتى نصوص عن الحنفية فى هذا فى ثنايا كلامهم فى موطن الاتفاق مع الجمهور .

(٢) حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤٠ ، مجمع الأنهر والدر المنتقى ج٢ ص ٢٠ ، ٢١ ، حاشية الشلبى ج٤ ص ١٣ .

(٣) راجع ص ٤٠٥ من البحث فى القائلين بجواز بيع الحب مع سنبله وعدم جواز بيعه وحده دون السنبل أعنى دون غلاقه وهو ما يسمى بعد ذلك بالتبن .

(٤) «فى البحر عن اللولاجية باع عنها جزافاً وكذا الثوم فى الأرض والجزر والبصل فعلى المشتري قطعه إذا خلى بينه وبين المشتري لأن القطع إنما يجب على البائع إذا وجب عليه الكيل أو الوزن ولم يجب لأنه لم يبيع مكيالة ولا موازنة» حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤٠ ، وفى مجمع الأنهر ج٢ ص ١٧ «ويقطعها المشتري للحال تفريفاً للملك البائع وأجرة القطع على المشتري» وانظره فى الدر المنتقى ج٢ ص ١٧ ، ١٨ ، وفى الاختيار ج٢ ص ٧ «أما جذاذ الثمر وقطع الرطوبة وقلع الجذور والبصل وأمثاله على المشتري لأنه يعمل فى ملكه وللعرف» . ولعل هذا هو الذى حكاه ابن قدامة عن أبى حنيفة . انظر . المغنى ج٤ ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، والشرح ج٤ ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ ، وقد تقدم نص الحكاية . واليك نبأ تناقلته كتبهم فيما يكون على البائع أو على المشتري من مؤنة البيع . «وأجرة الكيل فى مثل البر للكيفال وعد المبيع أى أجرة العد فى مثل الغنم للعداد ، ووزنه أى أجرة الوزن فى مثل العسل للوزان ، وذرحه أى أجرة الزرع فى مثل الكرياس والكتان للذراع» على البائع فيما يبيع بشرط الكيل والعد والوزن والذرع لأنه من (=)

المالكية^(١) والشافعية إلا في وجه إذا بيعت الثمرة والزرع بعد أو ان الجذاذ فانه على البائع بناء على مقابل الأصح أن القبض فيه بالنقل لا بمجرد التخلية وهذا الوجه نقله الأذرعى عن شرح المنهاج للسبكي^(٢).

(=) قام التسليم وتسليم المبيع عليه وكذا ما كان من قمامه. قيد بالكيل لأن صب الحنطة في الوعاء على المشتري ، وكذا إخراج الطعام من السفينة ، وكذا قطع العنب المشتري جزافا عليه ، وكذا كل شئ باعه جزافا كالثوم والبصل والجزر إذا خلى بينهما وبين المشتري ، وكذا قطع الثمرة إذا خلى بينها وبين المشتري كما في البحر وغيره لكن في الفتح: وصحبها في وعاء المشتري على البائع أيضا هو المختار. وأجرة نقد الثمن أي تمييز جيده عن رديه ، ووزنه على المشتري لأنه يحتاج في تسليم الثمن إلى تعيين قدره وصفته فتكون مؤنثة عليه ، وكذا مؤنة تمييز الجيد عن غيره هو الصحيح كما في الخلاصة ، وهو ظاهر الرواية كما في الحانية وبه يفتى كما في الزاهدي وغيره إلا إذا قبض البائع الثمن ثم جاء برده بعيب الزيادة فانه على البائع. وأما أجرة نقد الدين فانه على المدينون إلا إذا قبض رب الدين الدين ثم ادعى عدم النقد فالأجرة على رب الدين كما في البحر ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٠ ، ٢١.

وعبارة الدر المنتقى بهامش المجمع السابق «وأجرة الكيال وعد المبيع ووزنه وذرعه على البائع إن بيع كيلا أو وزنا لأن التسليم يقع بها وهو عليه. قيد بالكيل لأن صب الحنطة في الوعاء على المشتري إلا إذا كان العرف بخلافه كما لو اشترى ماء في قرية فان صبه على البائع كما في الحانية. وفي المجتبى: لو اشترى قمر حطب في المصر فالحمل على البائع. «قلت» وهذا مما يكسر وقوعه ولكن عرف بلادنا الآن بخلافه فتأمل. وأجرة نقد الثمن وإن قال المشتري دراهم منقودة هو الصحيح كما في الحانية ، وقطع الثمر وإخراج الطعام من السفينة وقطع العنب المشتري جزافا وكذا كل شئ باعه جزافا كالثوم والبصل والجزر إذا خلى بينهما وبين المشتري كما في الخلاصة: على المشتري إلا إذا قبض البائع الثمن ثم جاء برده بسبب الزيادة. وأما أجرة نقد الدين فعلى المدينون إلا إذا قبض رب الدين ثم ادعى عدم النقد فالأجرة على رب الدين» وانظر نحو ذلك في تبين الحقائق وحاشية الشلبي ج ٤ ص ١٣ ، ١٤ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٠ ، ٤٣.

(١) في بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٣٢ «بيع السنبل إذا طاب على من يكون حصاده ودرسه: واختلف الذين أجازوا بيع السنبل إذا طاب على من يكون حصاده ودرسه. فقال الكوفيون: على البائع حتى يعملها بها للمشتري. وقال غيرهم: هو على المشتري».

(٢) فبظهر من جهة النظر أن قبضه بالتخلية فيكون مؤنة القطع على المشتري لأنه التزم له تفريغ أشجاره» حاشية الشرواني ج ٤ ص ٤٦٠ ، ٤٦١ ومعها حاشيته العبادي ص ٤٦٢ وبعد ذكر كلام شرح المنهاج في عدم الاكتفاء بالتخلية وأنه لابد من النقل جاء «إن الذي يظهر من كلامهم أنه لا تكفى التخلية فالمؤنة على البائع» المصدرين السابقين. (=)

ومن قال بأن كلفة الحصاد والجذاذ على المشتري الحنابلة بلا خلاف^(١) وهو قول الاباضية^(٢) وابن حزم فى المواطن الذى أجاز فيها البيع^(٣).

فالجمهور على أن مؤنة الحصاد والجذاذ على المشتري بل يكاد يكون اتفاقا.

وحجة الجمهور الآتى:

١- أن المشتري يعمل فى ملكه ، وللعرف^(٤).

٢- أن القطع إنما يجب على البائع إذا وجب عليه الكيل أو الوزن ولم

(=) وفى الأم «قال الشافعى: ولاخير فى أن يبيع الرجل الزرع على أن على البائع حصاده ودراسه وتذريته» الأم ج٣ ص ٨٧ مجلد / ٢ باب فى أمور متفرقة. وانظر. حاشية الرمل على الأسنى ج٢ ص ١٠٨ وراجع ماتقدم عندهم فى القبض. وكون مؤنة الحصاد والجذاذ على المشتري هو الذى حكاه ابن قدامة عن الشافعى ، المغنى ج٤ ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ والشرح ج٤ ص ٢٢٩ . ٢٣٠.

(١) فى المغنى والشرح «من اشترى زرعاً أو جزءاً من الرطبة ونحوها أو ثمرة فى أصولها فإن حصاد الزرع وجز الرطبة وجزاز الثمرة وقطعها على المشتري ... وهذا مذهب أبى حنيفة والشافعى ، ولأعلم فيه مخالفا» المغنى ج٤ ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، والشرح ج٤ ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ ، وانظر. شرح الزركشى ج٣ ص ٥١٢ وما بعدها ، الانصاف ج٤ ص ٢٤٥ ، وفى ج٥ ص ٦٦ «والحصاد واللقاط على المشتري بلا نزاع وكذا الجذاذ» وانظر. الروض المربع ج٢ ص ٦٢ ، ٦٣ ، كشف القناع ج٣ ص ١٩١ وفى ص ٢٨٣ «والحصاد لزرع اشتراه ، واللقاط للقطعة اشتراها والجذاذ للثمرة المشتراة على المشتري لأن ذلك من مؤنة ما اشتراه كنقل الطعام المبيع ، بخلاف أجرة الكيال ونحوه ، فإنها على البائع لأنها من مؤنة تسليم المبيع إلى المشتري ، وهو على البائع ، وهنا حصل التسليم بالتخلية دون القطع بدليل جواز التصرف فيه».

(٢) يقول الشماخى فى الزروع والثمار «ويكون أيضا على المشتري أن يقطعه على قدر عادة أهل البلد كما ذكرناه فى الثمار نسقا بنسق» الايضاح ج٥ ص ٦٥. وانظر. شرح النبل ج٨ ص ١١١.

(٣) كما فى بيع القصيل قبل أن يسنبل ، أو بعد السنبل إن كان قد اشتد. المحلى ج٧ ص ٣٠٨ مسألة ١٤٣٤ ، وهكذا الثمر إن كان قد بدا صلاحه.

(٤) الاختيار ج٢ ص ٧.

يجب فيما بيع على الجزاف لأنه لم يبيع مكايلة ولا موازنة^(١).

٣- ان نقل المبيع وتفرغ ملك البائع منه على المشتري كنقل الطعام المبيع من دار البائع ويفارق الكيل والوزن فانهما على البائع لأنهما من مؤنة التسليم إلى المشتري والتسليم على البائع. وههنا حصل التسليم بالتخلية بدون القطع بدليل جواز بيعها والتصرف فيها. قال ابن قدامة بعد هذا: وهذا مذهب أبى حنيفة والشافعى ولا أعلم فيه مخالفا^(٢).

وعبارة الزركشى « وإنما كان ذلك على المشتري لأنه لتفريغ ملكه من ملك البائع وأنه عليه كنقل الطعام ونحوه، وفارق الكيل والوزن والذرع والعدد ، فانهم من تمام التسليم وذلك على البائع ، والتسليم هنا حصل بالتخلية ، والله أعلم^(٣) ».

الرأى فى المسألة:

يلاحظ من كلام الفقهاء عدم وجود نص يحكم الالتزام بالحصاد والجذاذ فى واحد من المتبايعين بعينه ، وإنما هي اجتهادات لعل مبناهما العرف. يظهر ذلك جليا عند الحنفية فقد استند صاحب الاختيار إلى العرف فى كونه على المشتري^(٤) وأيضاً فى نص الدر المنقى عند الحنفية^(٥) عن المجتبى فى وقر^(٦) الخطب أن الحمل على البائع ، بينما صاحب الدر يذكر أن العرف فى

(١) حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤٣.

(٢) المغنى ج٤ ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ ، وانظر كشاف القناع ج٣ ص ٢٨٣.

(٣) شرح الزركشى ج٣ ص ٥١٢ ، وانظر. حاشية الشروانى ج٤ ص ٤٦٠ ، ٤٦١ ومعها حاشية العبادى ص ٤٦٢ ، مجمع الأنهر ج٢ ص ١٧.

(٤) انظر الدليل الأول هنا.

(٥) انظره بهامش سابق.

(٦) الوقر بالكسر حمل البقل أو الحمار ، ويستعمل فى البعير. المصباح المنير ج٢ ص ٦٦٨ ، كتاب الوار ، وفى الصحاح: الوقر بالكسر الحمل ، وقد أو قر بغيره. وأكثر (=)

بلاده بخلافه أي أنه على المشتري. وعليه فقد يكون عرف بلد في زمان معين أن الحصاد والجذاذ على المشتري بينما في غير ذلك الزمن على البائع. ولما كان العرف متغيرا فاني أرى أن هذه المسألة تخضع للعرف. فان لم يوجد عرف كان الأمر كما قال جمهور الفقهاء.

حكم اشتراط الجذاذ والحصاد على البائع:

ومما يتصل بالقول بأن الجذاذ والحصاد على المشتري معرفة حكم اشتراط ذلك على البائع ، فهل ذلك الشرط جائز أم لا ؟ وإذا قلنا بعدم جوازه واشترط فهل يبطل البيع أيضا ؟. خلاف بين الفقهاء حتى داخل المذهب الواحد ، وذلك طبقا لمنهجهم في الشروط. ونستطيع حصر الخلاف في مسثلتنا في ثلاثة أقوال.

القول الأول: البيع والشرط باطلان. وبه قال الحنفية كما في كتب الشراح^(١) والشافعية في الأظهر والمنصوص في الأم^(٢) وهو قول الخرقى من

(=) ما يستعمل الوقر - بالكسر - في حمل البغل والحصار ، والوسق في حمل البعير. وأوقرت النخلة كثر حملها. مختار الصحاح ص ٣٧٤ باب الواو.

(١) فهذا الشرط عند الحنفية كشرط ترك الثمر والزرع وكلاهما مفسد للبيع ففي الدر المختار ج٤ ص ٤٠ « وإن شرط تركها على الأشجار فسد البيع كشرط القطع على البائع » وفي الدر المنتقى ج٢ ص ١٧ ، ١٨ « ويقطعها المشتري للحال جبرا تفريغا لملك البائع. وإن شرط المشتري القطع على البائع أو تركها على الشجر ... ورضى به فسد البيع لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمشتري » وانظر مذهب الحنفية في القوانين الفقهية ص ٢٢٣ ، وبداية المجتهد ج٢ ص ٢٤٢ ، سنن الترمذ ج٣ ص ٢٨ باب « ٣٠ » بيوع .

أما شرط الترك فقد سبق الكلام عنه في ص ٢٦٩ وما بعدها من البحث. والمذكور هنا في شرط القطع هو ما في الشروح لكن في الأشباه ما يفيد بطلان الشرط وصحة البيع ، ففي الأشباه « البيع لا يبطل بالشرط في اثنين وثلاثين موضعا ... وقطع الثمار المبيعة ، وتركها على النخيل بعد إدراكها على المفتى به » الأشباه لابن نجيم ص ٢١٠ ، ونسخة أخرى معها غمز عيون البصائر للحموي ج٢ ص ٢٨١ ، ٢٨٢ .

(٢) في الأم ج٣ ص ٨٧ مجد / ٢ باب في أمور متفرقة « قال الشافعي: ولاخير في أن يبيع الرجل الزرع على أن على البائع حصاده ودراسه وتذريته » وفي حاشية الرملى على (=)

الحنابلة فى المغنى والشرح ، والانصاف ، وشرح الزركشى (١).

(=) الأسنى ج٢ ص ١٠٨ « مؤنة القطع على المشتري كمؤنة النقل فلو شرطت على البائع بطل بناءً على أن الأصح من حصول القبض بالتغلبة ويضمن بها المشتري »
وحكى ابن قدامة الخلاف فى مذهب الشافعية فقال « واختلف أصحاب الشافعى أيضا ، فقال بعضهم: إذا شرط الحصاد على البائع فسد البيع قولاً واحداً ، وقال بعضهم يكون على قولين » المغنى ج٤ ص ٢٢٧ ، وانظر مذهب الشافعى فى القوانين الفقهية ص ٢٢٣ ، وبداية المجتهد ج٢ ص ٢٤٢ ، وسنن الترمذى ج٢ ص ٢٨ باب « ٣٠ » من كتاب البيوع.

(١) يذكر ابن قدامة الخلاف فى مذهب فيقول « إذا شرطه على البائع فاختلف أصحابنا فقال الخرقي: يبطل البيع. وقال ابن أبى موسى: لا يجوز. وقيل: يجوز. فان قلنا لا يجوز فهل يبطل البيع لبطان الشرط؟ على روايتين. وقال القاضى: المذهب جواز الشرط ذكره ابن حامد ، وأبو بكر ، ولم أجد هذا الذى ذكره الخرقي رواية فى المذهب » المغنى ج٤ ص ٢٢٧ ، ويحكيه أيضا الزركشى فيقول « قال الخرقي: فان شرط على البائع بطل البيع » قال الزركشى « اختلف أصحابنا أولاً فى جواز هذا الشرط. فذهب جماعة منهم كأبى بكر وابن حامد ، والقاضى وجماعة من أصحابه وغيرهم إلى جوازه ... وذهب الخرقي إلى منعه وهو الذى أورده ابن أبى موسى مذهباً. وعلى هذا القول هل يبطل البيع لبطان الشرط؟ فيه روايتان حكاهما ابن أبى موسى. والخرقي قطع بالبطان فيحتمل أن مذهب بطلان البيع بالشرط الفاسد ، وهو إحدى الروايتين واختيار القاضى وابن عقيل. ويحتمل أن يخص البطان هذا الشرط وهو المرجع عند أبى محمد » شرح الزركشى ج٢ ص ٥١٢، ٥١٣ ، وانظر. الانصاف ج٤ ص ٣٤٥، ٣٤٦، ٣٤٧ باب الشروط فى البيع. وفى الانصاف أيضاً ج٥ ص ٦٦ ، ٦٧ « والحصاد واللقاط على المشتري » قال المرداوى « بلا نزاع ، وكذا الجذاذ ، لكن لو شرطه على البائع: صح. على الصحيح من المذهب. نص عليه ، وعليه أكثر الأصحاب ، منهم أبو بكر ، وابن حامد ، والقاضى ، وأصحابه ، وغيرهم ، وجزم به فى الشرح الكبير وغيره ، وقدمه فى الفروع وغيره. وقال الخرقي: لا يصح. وجزم به فى الحاروى الكبير فى هذا الباب. وهو الذى أورده ابن أبى موسى مذهباً. وقدمه فى القاعدة الثالثة والسبعين. قال القاضى: لم أجد بقول الخرقي رواية. قال فى الروضة: ليس له وجه. قال فى القاعدة المتقدمة: وقد استشكل مسألة الخرقي أكثر المتأخرين » ثم أحال المرداوى إلى التفصيل فى باب الشروط فقال « وتقدم ذلك مستوفى فى باب الشروط فى البيع فليراجع ». وأقول: رجعت إليه فى ج٤ ص ٣٤٥ وما بعدها.

ويقول ابن رجب فى القاعدة الثالثة والسبعين « اشتراط نفع أحد المتعاقدين فى العقد ... منها: اشتراط مشتري الزرع القائم فى الأرض حصاده على البائع فلا يصح ويفسد به العقد. ذكره الخرقي. وحكى ابن أبى موسى فى فساد به وجهين لأن حصاد الزرع قد يتوهم أنه من تمام التسليم الواجب كما ظنه بعض الفقهاء » القواعد ص ١٤٠.

وحكى عن أبى ثور والثورى أنهما أبطلا العقد بهذا الشرط^(١).

القول الثانى: الشرط باطل والبيع صحيح. وهو رواية عند الحنابلة من روايتين حكاهما ابن أبى موسى^(٢) وبه قال بعض أصحاب الشافعى^(٣) وهو قول ابن أبى ليلى^(٤). ورأيت فى الأشباه لابن نجيم الحنفى «البيع لا يبطل بالشرط فى اثنين وثلاثين موضعا ... وقطع الثمار المبعة وتركها على التحيل بعد ادراكها على المفتى به»^(٥).

القول الثالث: الشرط والبيع صحيحان . وبه قال جماعة من الحنابلة كأبى بكر ، وابن حامد ، والقاضى وجماعة من أصحابه وغيرهم. وقال القاضى: المذهب جواز الشرط ذكره ابن حامد ، وأبو بكر ولم أجد هذا الذى ذكره الخرقى رواية فى المذهب^(٦) ومنهج المالكية فى الشروط يقتضيه قياسا على اشتراط ما فيه منفعة للبائع^(٧) وهو قول ابن أبى

(١) انظره فى المفتى ج٤ ص ٢٢٧.

(٢) راجع ما سبق من نصوص الحنابلة بهامش القول الأول.

(٣) راجع ما سبق بهامش الشافعية فى القول الأول.

(٤) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٤٢.

(٥) الأشباه ص ٢١٠ ، ونسخة أخرى معها غمز عيون البصائر للحموى ج٢ ص ٢٨١ ، ٢٨٢.

(٦) فى كشف القناع ج٣ ص ٢٨٣ «فإن شرطه أى الحصاد أو الجذاذ أو اللقاط المشتري على البائع صح الشرط كشرطه حمل الخطب وتكسيه». وراجع ما سبق بهامش الحنابلة فى القول الأول. ونقله غير الحنابلة مذهباً للإمام أحمد. بداية المجتهد ج٢ ص ٢٤٢ ، سنن الترمذى ج٣ ص ٢٨ باب «٣٠» البيوع.

(٧) لم أر للمالكية نصاً صريحاً فى عين هذه المسألة وبالرجوع إلى منهجهم فى الشروط رأيتهم يجعلون الشروط أنواعاً ولهم فيها تفصيل. ورأيتهم يجيزون شرط البائع المتفعة لنفسه. يقول ابن جزى فى ذكره لمذهب والمذاهب الأخرى «النوع التاسع: بيع وشرط وهو الذى يسميه الفقهاء ببيع الثنيا فقال الشافعى وأبو حنيفة البيع باطل ، وقال قوم: البيع صحيح والشرط صحيح وقال قوم: البيع صحيح والشرط باطل. وفى المذهب تفصيل ... فإن اشترط منفعة لنفسه كركوب الدابة أو سكنى الدار مدة معلومة جاز البيع والشرط ... القوانين ص ٢٢٣ ، ويقول ابن رشد «اختلاف العلماء فى بيع وشرط: فاختلف (=)

شبرمة (١) واسحاق (٢).

الأدلة:

دليل القول الأول: استدل من قال ببطلان البيع والشرط بالآتى:

١- أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع للمشتري (٣) فهو شرط فاسد أشبه سائر الشروط الفاسدة (٤).

٢- أنه اشترط العمل فى المبيع قبل ملكه أشبه مالهو استأجره ليخيط

(=) العلماء لتعارض هذه الأحاديث فى بيع وشرط فقال قوم: البيع فاسد والشرط فاسد ، ومن قال بهذا القول الشافعى وأبو حنيفة ، وقال قوم: البيع جائز والشرط جائز ، ومن قال بهذا القول ابن أبى ليلى. وقال أحمد: البيع جائز مع شرط واحد وأما مع شرطين فلا ... وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام: شروط تبطل هى والبيع معا ، وشروط تجوز هى والبيع معا ، وشروط تبطل ويثبت البيع وقد يظن أن عنده قسما رابعا وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشترط بشرطه بطل البيع ، وإن تركه جاز البيع ، وإعطاء فروق بينه فى مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير ، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء ... ويرى ابن رشد أن هذه الأقسام راجعة إلى ما يتضمنه الشرط من صنفى الفساد الذي يخل بصحة البيع وهما الربا والغرر ، كثرة ، وقلة وتوسطا بينهما ، أو إلى ما يفيد نقصا فى الملك. ويرى أصحاب مالك أن مذهبه هو أولى المذاهب إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها ، والجمع عندهم أحسن من الترجيح وللمتأخرين من أصحاب مالك فى ذلك تفصيلات متقاربة ، وأحد من له ذلك جدوى ، والمازري ، والباجي ، بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٤٢، ٢٤٣.

ويقول «فأما إذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف فى أصل المبيع مثل أن يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر ، وقيل السنة فذلك جائز على حديث جابر» بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٤٤.

(١) بداية المجتهد السابق ص ٢٤٢ لاحظ النص المتقدم.

(٢) سنن الترمذى ج ٣ ص ٢٨ باب «٣٠» من كتاب البيوع.

(٣) الدر المنقى ج ٢ ص ١٧ ، ١٨ ، المغنى ج ٢ ص ٢٢٧.

(٤) المغنى السابق وفيه «وحكى عن أبى ثور والثورى أنهما أبطلا العقد بهذا الشرط لأنه شرط فاسد فأشبهه سائر الشروط الفاسدة وروى عن النهى - ~~نهى~~ - أنه نهى عن بيع وشرط».

له ثوب زيد إذا ملكه^(١).

٣- أنه شرط تأخير التسليم لأن معنى ذلك تسليمه مقطوعاً^(٢).

المناقشة:

أما قولهم: شرط العمل فيما لا يملكه فهو قول يبطل بشرط رهن المبيع على الثمن في البيع^(٣). وأما قولهم: شرط لا يقتضيه العقد. فانه يبطل بشرط الرهن والكفيل والخيار. وأما قولهم: أنه شرط تأخير التسليم. فالجواب عليه أنه ليس بتأخير لأنه يمكنه تسليمه قائماً ، ولأن الشرط من المتسلم فليس ذلك بتأخير التسليم.

قال ابن قدامة: فإذا فسدت هذه المعاني صح^(٤).

دليل القول الثاني: استدل من قال ببطلان الشرط وصحة البيع بحديث بريرة أن رسول الله - ﷺ - قال «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط» والحديث متفق على صحته^(٥).

(١) شرح الزركشى ج٢ ص ٥١٢ ، ولاحظ الانصاف ج٤ ص ٣٤٥ وما بعدها.
(٢) المغنى ج٤ ص ٢٢٧ وجمعها ابن قدامة بقوله «فمن أفسد قال: لا يصح لثلاثة معان أحدهما: أنه شرط العمل في الزرع قبل أن يملكه. والثاني: أنه شرط مالا يقتضيه العقد. والثالث: أنه شرط تأخير التسليم لأن معنى ذلك تسليمه مقطوعاً» وأما دليلهم على بطلان الشرط فهو حديث النهي عن بيع وشرط ، وعن الثنيا. يقول ابن رشد «فمن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهيه عن بيع وشرط ، ولعموم نهيه عن الثنيا» بداية المجتهد ج٢ ص ٢٤٢ ، المغنى ج٤ ص ٢٢٧ ، سنن الترمذى ج٣ ص ٢٨ باب «٣٠» من البيوع.

(٣) ويقول الزركشى «وأجيب بأن في مسئلتنا حصلت الاجارة والملك معا ومثل ذلك لا يمنع على النصوص في جواز رهن المبيع على الثمن» شرح الزركشى ج٣ ص ٥١٣. ذكره ردا على قول الحرقي ودليله.

(٤) المغنى ج٤ ص ٢٢٧.

(٥) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٤٢ وانظر الحديث في منتقى الأخبار ج٦ ص ٢٦٧ ، ٢٦٨ وفيه «رواه البخارى ولمسلم معناه» وانظره في بلوغ المرام ج٣ ص ١٠ ، وفيه (=)

دليل القول الثالث: استدل من قال بصحة البيع والشرط بالآتي:

١- هو شرط واحد ، والنهي جاء عن الشرطين «ومن لم يجز الشرطين وأجاز الواحد احتج بحديث عمرو بن العاص خرجته أبو داود - قال: قال رسول الله - ﷺ: لا يحل سلف وبيع ولا يجوز شرطان في بيع ، ولا ربح مالم تضمن ، ولا بيع مالم ليس هو عندك» (١).

قال ابن قدامة: ولم يصح أن النبي - ﷺ - نهى عن بيع وشرط إنما الصحيح أن النبي - ﷺ - نهى عن شرطين في بيع كذا ذكره الترمذى. وهذا دل بمفهومه على جواز الشرط الواحد. قال أحمد: إنما النهي عن شرطين في بيع أما الشرط الواحد فلا بأس به (٢).

٢- أنه بيع وإجارة لأنه باعه الزرع وآجره نفسه على حصاده ، وكل واحد منهما يصح إفراده بالعقد فاذا جمعهما جاز كالعينين (٣).

يقول الزركشى «البيع لا يبطله شرط واحد ، ولأن قصاره أنه بيع

(١) «متفق عليه واللفظ للبخارى» . قال النووي: أي لو اشترطوا مائة مرة توكيدا فالشرط باطل ، وإنما حمل ذلك على التوكيد ، لأن الدليل قد دل على بطلان جميع الشروط التي ليست في كتاب الله فلا حاجة إلى تعبيدها بالمائة ، فإنها لو زادت عليها كان الحكم كذلك نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٨.

(١) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٤٢ ، ٢٤٣ ، وانظر شرح الزركشى ج٣ ص ٥١٢ ، وانظر الحديث في سنن أبي داود ج٣ ص ٢٨١ باب في الرجل يبيع مالم ليس عنده. منتقى الأخبار ج٦ ص ٢٦٦ ، وفيه «قال الترمذى: هذا حديث حسن صحيح» «قال أبو عيسى: وهذا حديث حسن صحيح» سنن الرمزى ج٣ ص ١٧ كتاب البيوع حديث رقم «١٢٣٨» باب «١٩».

(٢) المغنى ج٤ ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ ، سنن الترمذى ج٣ ص ٢٨ كتاب البيوع حديث «١٢٥٧» باب ماجاء في اشتراط ظهر الدابة عند البيع قال أبو عيسى «قد روى من غير وجه عن جابر والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي - ﷺ - وغيرهم ، يرون الشرط في البيع جائز ، إذا كان شرطا واحدا ، وهو قول أحمد وإسحاق».

(٣) المغنى ج٤ ص ٢٢٧.

وإجارة وإنهما جائزان منفرد بين ، فجازا مجتمعين»^(١).

ويقول البهوتى «... صح الشرط لأن غايته أنه جمع بيعا وإجارة وهو صحيح إن كان النفع معلوما ولزم البائع فعله وفاء بالشرط»^(٢).

فان قيل: فالبيع يخالف حكمه حكم الإجارة لأن الضمان ينتقل فى البيع بتسليم العين بخلاف الإجارة فكيف يصح الجمع بينهما؟

قال ابن قدامة: قلنا: كما يصح بيع الشقص والسيف وحكهما مختلف فان الشفعة تثبت فى الشقص دون السيف ويجوز الجمع بينهما^(٣).

معارضة قول الخرقي:

عارض الفاضى قول الخرقي: الشرط والبيع باطلان.

«وقال القاضى: المذهب جواز الشرط ذكره ابن حامد وأبو بكر ، ولم أجد هذا الذي ذكره الخرقي ، رواية فى المذهب»^(٤) «لأن الخرقي قال بعد: والبيع لا يبطله شرط واحد»^(٥).

(١) شرح الزركشى ج٣ ص ٥١٢.

(٢) كشف القناع ج٣ ص ١٩١ ، الروض المربع وحاشية العنقري ج٢ ص ٦٢ ، ٦٣.

(٣) المغنى ج٤ ص ٢٢٧.

(٤) المغنى السابق، شرح الزركشى ج٣ ص ٥١٤ ، الانصاف ج٤ ص ٣٤٥ ، ٣٤٦.

(٥) المصادر السابقة. هذا وقد خرج أبو الخطاب وجماعة من اتباعه من قول الخرقي عدم صحة اشتراط منفعة البائع فى المبيع مطلقا ، وأبو البركات وصاحب التلخيص ذكرا ذلك فى رواية: فيحتمل أن مستندهما ذلك ، ويحتمل أنهما اطلعا على نص ، وتردد أبو محمد -ابن قدامة- فى التخريج ، والأرجح عنده عدمه ، وقصر كلام الخرقي على هذه المسألة -مسألة اشتراط الجذاذ والحصاد على البائع- وشبهها بما يفضى إلى التنازع فان البائع يريد القطع من أعلى ليبقى له بقية ، والمشتري يريد الاستقصاء ليزيد له ما يأخذه. وانما ترجع ذلك عنده لما تقدم من افضاء ذلك إلى التنازع وليوافق المذهب فى صحة اشتراط منفعة البائع فى المبيع إذ القاضى قد قال: إنه لم يجد بما قال الخرقي رواية فى المذهب ، لأن الخرقي قال بعد: والبيع لا يبطله شرط واحد. شرح الزركشى ج٣ ص ٥١٤ وانظر الانصاف ج٤ ص ٣٤٥ ، ٣٤٦ ، ج٥ ص ٦٦ ، ٦٧. (=)

وأجملها المرداوى فى الانصاف فقال « قال القاضى: لم أجد بقول

(=) ونص ابن قدامة « وقول الخرقي أن العقد ههنا يبطل بحتمل أن يختص بهذه المسألة وشبهها بما يفضى الشرط فيه إلى التنازع فإن البائع ربما أراد قطعها من أعلاها ليبقى له منها بقية ، والمشتري يريد الاستقصاء عليها ليزيد له ما يأخذه فيفضى إلى التنازع وهو مفسدة فيبطل البيع من أجله.

ويحتمل أن يقاس عليه ما أشبهه من اشتراط منفعة البائع فى المبيع لما ذكرنا فى صدر المسألة. والأول أولى لوجهين. أحدهما: أنه قال فى موضع آخر: ولا يبطل البيع بشرط واحد. والثانى: أن المذهب أنه يصح اشتراط منفعة البائع فى المبيع مثل أن يشتري ثوبا ويشترط على بائعه خياطته قميصا أو جرزة حطب ويشترط حملها إلى موضع معلوم. نص عليه أحمد فى رواية مهنا وغيره حتى قال القاضى: لم أجد بما قال الخرقي رواية فى أنه لا يصح. واحتج أحمد بأن محمدا بن مسلمة اشترى من نبطى جرزة حطب وشارطه على حملها وبه قال اسحاق وأبو عبيد ، المغنى ج٢ ص ٢٢٧ ، كشاف القناع ج٣ ص ١٩١. الروض المربع ج٢ ص ٦٢ ، ٦٣.

قال الزركشى: وجميع ذلك معترض. أما الاقضاء إلى التنازع فممنوع إذ القطع على ما جرت به العادة كما لو لم يشترطه عليه. وأما موافقة المذهب فإن المذهب أيضا عند الأكثرين صحة هذا الشرط ، والقاضى إنما كلامه فيه ، وأما قول الخرقي فلا بد من تخصيصه بهذا الشرط - أى شرط القطع على البائع - أو بشرط منفعة البائع فى المبيع . شرح الزركشى ج٣ ص ٥١٤.

قال الزركشى: وبالمجملة يتلخص فى صحة اشتراط منفعة البائع فى المبيع ثلاثة أقوال «الصحة» مطلقا وهو المختار للأكثرين ، والمنصوص عن الامام محتجا بأن محمد بن مسلمة رضى الله عنه اشترى من نبطى جرزة حطب وشارطه على حملها « والمنع » مطلقا « والمنع » فى جز الرطوبة وما فى معناها ، والصحة فيما عدا ذلك.

ثم ان محل الخلاف إذا كانت المنفعة معلومة أما إن جهلت لهما أو لا حدهما فإنه لا يصح اشتراطها بلا نزاع نعلمه. شرح الزركشى ج٣ ص ٥١٥ ، وانظر الانصاف ج٢ ص ٣٤٥ ، ٣٤٦ ، ٣٤٧.

قال ابن قدامة: ولا بد من كون المنفعة معلومة لهما ليصح اشتراطها لأننا نزلنا ذلك منزلة الاجارة ؛ فلو اشترط حمل الحطب إلى منزله والبائع لا يعرف منزله لم يصح ، ولو اشترط حذوها نعلا فلا بد من معرفة صفتها كما لو استأجره على ذلك ابتداء.

قال أحمد: فى الرجل يشتري النعل على أن يحذوها جائز إذا أراد الشراك. وإن تعذر العمل بتلف المبيع قبله أو بموت البائع انفسخت الاجارة ورجع المشتري عليه بعوض ذلك ، وإن تعذر بمرض أقيم مقامه من يعمل العمل والأجرة عليه كقولنا فى الاجارة ، المغنى ج٤ ص ٢٢٨.

لكن إن جهلت المنفعة يبطل البيع أيضا؟ قال البهوتى: الظاهر صحة البيع وعليه فيثبت له الخيار. « أو شرط مشتر نفع بائع فى مبيع كاشتراطه عليه حمل الحطب المبيع أو (=)

الخرقى رواية. قال فى الروضة: ليس له وجه . وقال فى القواعد: وقد استشكل مسألة الخرقي أكثر المتأخرين،^(١).

والخلاصة:

أن الصحيح عند الحنابلة وعليه جماهير الأصحاب صحة هذا الشرط والبيع ، ولا بد من كون المنفعة المشروطة معلومة. فان كانت مجهولة بطل الشرط ، وهل يبطل البيع؟ الظاهر كما صرح البهوتى فى كشفه صحة البيع^(٢).

والراجع:

كما تقدم يظهر لنا صحة البيع والشرط ما دامت المنفعة معلومة ، وهو ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث. يؤيده حديث جابر بن عبد الله « أنه باع من النبى - ﷺ - بعيرا واشترط ظهره إلى أهله »^(٣) قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح قد روى من غير وجه عن جابر. والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبى - ﷺ - وغيرهم ، يرون الشرط فى البيع جائزا ، إذا كان شرطا واحدا ، وهو قول أحمد وإسحاق^(٤) والحديث متفق عليه. والقول بأن هذا الحديث قصة عين تدخلها الاحتمالات ، معترض عليه.

(=) تكبيره أو خياطة ثوب مبيع أو تفصيله أو حصاد زرع مبيع أو جز رطبة ونحوه كضرب قطعة حديد اشتراها منه سيفا أو نحوه ، صح الشرط لأن غايته أنه جمع بيعا وإجارة وهو صحيح إن كان النفع معلوما ولزم البائع فعله وفاء بالشرط فلو شرط المشتري الحمل إلى منزله والبائع لا يعرف المنزل لم يصح الشرط كما لو استأجره لذلك ابتداء. وظاهره صحة البيع وعليه فيثبت له الخيار على ما يأتى فى الشرط الفاسد غير المفسد ، كشف القناع ج ٢ ص ١٩١ ، الروض المربع وحاشية العتقى ج ٢ ص ٦٢ ، ٦٣ . وانظر فيما تقدم كله عند الحنابلة الانصاف ج ٤ ص ٣٤٥ : ٣٤٧ .

(١) الانصاف ج ٥ ص ٦٧ .

(٢) انظر النصوص السابقة.

(٣) سنن الترمذى ج ٣ ص ٢٧ ، ٢٨ كتاب البيوع حديث « ١٢٥٧ » ، سنن أبي داود ج ٣ ص ٢٨٢ حديث « ٣٥٠٥ » باب فى شرط فى بيع ، متفق الأخبار ج ٦ ص ٢٦٥ .

(٤) سنن الترمذى السابق.

وأما حديث «نهى عن بيع وشرط» فقد استغفره النووي وابن أبي الفوارس^(١).

وفى هذا كلام طويل فى شروح الحديث.

المسألة الثالثة: على من يكون السقى؟

أقول: هذه المسألة لا تشور عند من لا يجوز بيع الثمار والزروع إلا على القطع كالحنفية إلا محمدا فيما قد تناهى عظمه حيث يتفق مع الجمهور على التبقية إلى أوان الجذاذ والحصاد^(٢) كما لا تشور عند الجمهور فى البيع قبل بدو الصلاح لأن البيع حينئذ لا يصح إلا بشرط القطع ، وبشرط القطع تنقطع العلاقة بين البائع والمشتري^(٣).

وأما تشور هذه المسألة عند الجمهور عندما تباع الثمار والزروع مفردة بعد بدو صلاحها ، لأن الثمر والزروع حينئذ مبقى إلى أوان الجذاذ والحصاد عند الاطلاق فى البيع ، وأولى إن شرط التبقية^(٤).

(١) نيل الأوطار ومعه منتقى الأخبار ج٦ ص ٢٦٥ ، ٢٦٦.

(٢) راجع قول محمد فى ص ٢٦٩.

(٣) وفى هذا يقول أطفيش الاباضى «إن اشترى غلة غير مدركة على القطع أو على الاطلاق فليس له سقيها ، وإن اشترى على القطع فرضى صاحب الشجرة بالابقاء فكذلك» شرح النيل ج٨ ص ١١٨ ، والاطلاق محمول على القطع. والمقصود غلة الشجر والأرض ، وهى الثمر والزروع. وغير مدركة أى غير بادية الصلاح، بل انه إن شرط القطع حتى بعد بدو الصلاح فالأمر كذلك ، وكذلك ان باعه من مالك الأصل. «أما اذا باعه قبل بدو الصلاح أو بعده بشرط القطع فلا سقى على البائع لاتقطاع العلاقة بينهما باشتراط القطع. قاله الرافعى.

قال الزركشى: وقضيته أنه لا سقى عليه أيضا فيما لو باعه من مالك الشجر ، وهو ظاهر ، أسنى المطالب وحاشية الرمل ج٢ ص ١٠٨ «فان كان البيع بشرط القطع أو القلع فانه لا يجب سقى على البائع كما بحثه السبكي» تحفة المحتاج وحاشيتى الشروانى والعبادى ج٤ ص ٤٦٧. هذا هو الأصل وإن كان لبعضهم تفصيل سنذكره ان شاء الله.

(٤) راجع قول الجمهور فى ص ٢٦٦ وما بعدها ، ص ٢٩٨ وما بعدها.

ولاشك أنه في هذه المدة ربما يحتاج الثمر والزرع إلى السقى ، وربما كانت الشجرة هي التي تحتاج ، فعلى من يكون السقى؟.

للفقهاء قولان:

القول الأول: أن السقى على البائع وبه قال المالكية ، أصله أن الجائحة من ضمان البائع والعطش جائحة^(١).

وقال به الشافعية في أحد الوجهين. أصله: الجائحة إذا أصابت الثمرة تكون من ضمان البائع فيكون عليه السقى. وهذا الوجه هو الأصح ومشى عليه غالب كتبهم ومن رأيت ذكر الخلاف المشاشي في الحلية ، والمتولى في التتمة^(٢) وهو قول الحنابلة^(٣) وهو قول الإباضية إن كانت العادة أن

(١) فعند كلامهم عن وضع الجائحة بالعطش وأنه يوضع قليلها وكثيرها بسببه يقولون «لأن السقى لما كان على البائع أشبه ما فيه حق توفيه» حاشية الصعدي على كفاية الطالب ج٢ ص ١٩١ ، شرح الخرش ج٥ ص ١٩٣ مجلد / ٣. الشرح الصغير وحاشية الصاوي ج٤ ص ٣٢٥ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج٢ ص ١٨٥ ، المنتقى ج٤ ص ٢٣٣ ، ٢٥٠ ، جواهر الاكلیل ج٢ ص ٦٣.

(٢) في حلية العلماء ج٢ ص ٥٥١ «فاذا باع ثمرة قد بدا صلاحها فاحتاجت إلى سقى فعلى من يكون؟ فيه وجهان؟ أحدهما: أنه يكون على المشتري ، والثاني: أنه على البائع. وأصل ذلك: الجائحة إذا أصابت الثمرة ، فانها تكون من ضمان المشتري «على قوله الجديد» فيكون السقى عليه ، والثاني: تكون من ضمان البائع فيكون عليه السقى» وفي التتمة ج٤ ورقة ١٥٦ «من باع الثمرة بعد بدو الصلاح واحتاجت إلى السقى فعلى البائع الذي هو صاحب الشجرة السقى في أحد الوجهين لأنه ...» وانظر التتمة أيضا في ورقة ١٦٤ ، ١٦٥.

وفي المهذب ج١ ص ٢٨١ «... فان احتاجت الثمرة أو الزرع إلى السقى لزم البائع ذلك لأنه ...» وفي البيان ص ١٥٢ «فان احتاجت هذه الثمرة أو الزرع إلى سقى وجب على البائع أجره السقى لأنه ...» وفي شرح مسلم ج١٠ ص ١٨٢ «ثم اذا بيعت بشرط التبقية أو مطلقا يلزم البائع بسقيتها إلى أوان الجذاذ ...» وانظر. أسنى المطالب وحاشية الرملى ج٢ ص ١٠٨ ، روضة الطالبين ج٢ ص ٢١٩ ، تحفة المحتاج وحاشيتي الشرواني والعبادي ج٤ ص ٤٦٨ ، ٤٦٩ ، شرح جلال المعلى وحاشيتي قليوبى وعميرة ج٢ ص ٢٣٦ ، شرح ابن قاسم وعليه حاشية الباجورى ج١ ص ٣٥١.

(٣) في الروض المربع ج٢ ص ١٣٢ ، ١٣٣ «وإذا بدا أي ظهر ماله صلاح في الثمر أو (=)

يسقيها البائع أو دخلا على هذا ، وقيل: هو على البائع مطلقا^(١).

القول الثاني: أن السقى على المشتري وبه قال الشافعية فى أحد الوجهين. أصله: أن الجائحة إذا أصابت الثمرة فانها تكون من ضمان المشتري «على القول الجديد» فيكون السقى عليه. وقد رأيت هذا الوجه فى حلية العلماء ، والتتمة ، والظاهر من كلام العزيز عبد السلام تصحيحه^(٢). وهو الصحيح للاباضية عند الاطلاق^(٣).

الأدلة:

دليل القول الأول: استدلل الجمهور على أن السقى على البائع بالآتى:

- (=) اشتد الحب جاز بيعه مطلقا أي من غير شرط ، وجاز بيعه بشرط التبقية أي تبقية الثمر إلى الجذاذ والزرع إلى الحصاد لأمن العاهة بيدو الصلاح ، وللمشتري تبقيته إلى الحصاد والجذاذ ، وله قطعه فى الحال ، وله بيعه قبل جذه ، ويلزم البائع سقيه. ويسقى الشجر الذي هو عليها إن احتاج إلى ذلك أي إلى السقى ، وكذا لو لم يحتج إليه ... وفى حاشية العنقرى على الروض السابق «وعليه حراسته أيضا». وانظر كشاف القناع ج ٢ ص ٢٨٥ وفيه «ويلزم البائع سقيه إن احتاج إليه ...» ولا يني قدامة «إذا احتاجت الثمرة إلى سقى لزم البائع ذلك ...» ، المغنى ج ٢ ص ٢٢٣ ، والشرح ج ٤ ص ٢٦٨.
- (١) يقول أطفيش «وأما إن كانت العادة أن يسقيها مالك الشجرة أو دخلا على هذا ، فانه يلزمه لا المشتري ، وقيل: إذا أطلقا ولا عادة لزم المالك» شرح النيل ج ٨ ص ١١٧ ، وفى موطن آخر «والساقى أيضا هو المشتري إلا أن اعتيد أن يسقيها البائع فليست البائع» المصدر السابق ص ١١٨.
- (٢) انظر نصهما بهامش الشافعية فى القول الأول ، وسيأتى كلام العزيز عبد السلام فى الدليل.
- (٣) فى الايضاح ج ٥ ص ٦٤ «ويكون على المشتري سقيها وليس على البائع أن يمنعه الماء الذي يسقى به أول مرة ...» وفى النيل «ومن اشترى غلة مدركة وشرط بقاها لوقت معين جاز ، ولزم مشتريها سقيها ، ولا يمنعه بائعها من معتاد السقى ...» قال شارحه «ومن اشترى غلة مدركة أي بادية الصلاح وشرط بقاها لوقت معين جاز ، ويجبر على القطع إذا بلغ الوقت المعين ولزم مشتريها سقيها إن كانت الشجرة تتضرر بعدم السقى ، وإلا لم يلزمه كما لم البائع. وذلك هو التحقيق عند الاطلاق ...» النيل للشمينى وشرحه لأطفيش ج ٨ ص ١١٧ ، ١١٨.

١- أن ذلك هو العادة فيها. يقول النووي «ثم إذا بيعت بشرط التبقية أو مطلقا يلزم البائع بسقيتها إلى أوان الجذاذ. لأن ذلك هو العادة فيها»^(١).

٢- أن التسليم واجب على البائع في حال الجذاذ والحصاد ، وذلك لا يحصل إلا بالسقى فلزمه ذلك^(٢) وكما يقول المتولى في التتمة «لأن العقد اقتضى تسليم الثمرة كاملة وكما لها بالسقى»^(٣) وكما يقول ابن قدامة «لأنه يجب عليه تسليم الثمرة كاملة وذلك يكون بالسقى»^(٤).

ونوقش: بأنكم قلتم: أنه إذا باع الأصل وعليه ثمرة للبائع فانه لا يلزم المشتري سقيها؟ فهلا كان هنا كذلك؟

أجيب: بأن البائع ثم لا يجب عليه تسليم الثمرة لأنه لم يملكها من جهة المشتري وإنما بقي ملكه عليها بخلاف^(٥) مسألتنا^(٦).

-
- (١) شرح مسلم ج١٠ ص ١٨٢.
- (٢) البيان ص ١٥٢ ، شرح المحلى وحاشيتي قليوبي وعميرة ج٢ ص ٢٣٦ ، حاشية الباجوري ج١ ص ٣٥١ ، تحفة المحتاج وحاشيتي الشرواني والعبادي ج٤ ص ٤٦٧ ، اسنى المطالب وحاشية الرملى ج٢ ص ١٠٨ ، المهذب ج١ ص ٢٨١.
- (٣) تتمة الابانة ج٤ ورقة ١٦٥ ، وللباجوري «وإنما يلزم البائع سقيه لأنه من تتمة التسليم الواجب» حاشية الباجوري السابق.
- (٤) المغنى ج٤ ص ٢٢٣ ، ٢٢٤ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٢٦٨ ، ٢٦٩ ، وانظر كشف القناع ج٣ ص ٢٨٥ ، الروض المربع ج٢ ص ١٣٢ ، ١٣٣.
- (٥) إذ أنه إذا بيع الأصل وعليه ثمرة مؤثرة وكان البيع على الإطلاق كانت الثمرة للبائع بحكم الشرع عند أصحاب الدليل المذكور ، وهم الشافعية والحنابلة.
- (٦) يقول ابن قدامة «فان قيل: قلتم: أنه إذا باع الأصل وعليه ثمرة للبائع لا يلزم المشتري سقيها؟ قلنا: المشتري لا يجب عليه تسليم الثمرة لأنه لم يملكها من جهته ، وإنما بقي ملكه عليها بخلاف مسئلتنا» المغنى ج٤ ص ٢٢٣ ، ٢٢٤ ، والشرح ج٤ ص ٤٦٨ ، ٤٦٩ ، ويقول البهوتي «... بخلاف ما إذا باع الأصل وعليه ثمرة للبائع فانه لا يلزم المشتري سقيها لأن البائع لم يملكها من جهته ، وإنما بقي ملكه عليها» كشف القناع ج٣ ص ٢٨٥ ، الروض المربع ج٢ ص ١٣٢ ، ١٣٣ ، وانظر التتمة ج٤ ورقة ١٥٦.

دليل القول الثاني: لم أر للاباضية دليلا. أما هذا الوجه عند الشافعية فهو مبنى على جديد الشافعي في الجوانح وأنها من ضمان المشتري فيكون السقي عليه^(١) وظاهر كلام العز بن عبد السلام يقتضي أنه مبنى على العرف فصار كما لو شرط باللفظ حيث جعل من التزامات البائع: الإبقاء إلى أوان الجذاذ ، والتمكين من سقيها بمائها. والتمكين يكون للغير وهذا الغير هنا هو المشتري. يقول العز «المثال الرابع: إذا باع ثمرة قد بدا صلاحها فانه يجب إبقاؤها إلى أوان جذاذها ، والتمكين من سقيها بمائها. لأن هذين مشروطان بالعرف فصار كما لو شرطاهما بلفظه»^(٢).

الراجع:

كما سبق في حجة القولين رأينا أنه لانص في المسألة ، وإنما هي اجتهادات للفقهاء أساسها العرف والعادة ، وقد يختلف العرف باختلاف الزمان والمكان. والعرف الغالب له تأثيره في المعاملات كما يقول الرافعي. وعليه فاني لا أستطيع أن أجزم بواحد من القولين ، وإنما يحكم المسألة العرف الغالب ، فان جرى العرف في بلد بأن السقي على البائع كان كذلك ، والعكس صحيح.

في الأشباه للسيوطي «قال الرافعي: العادة الغالبة إنما تؤثر في المعاملات لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيما يروج في النفقة غالبا»^(٣).

عود على بدء:

فان قلنا: أن السقي على المشتري فانه ليس على البائع أن يمنعه الماء

-
- (١) حلية العلماء ج ٢ ص ٥٥١ ولاحظ نصه بهامش القول الأول ص ٦٥٩.
(٢) قواعد الأحكام ج ٢ ص ٢٨٠ ، ٢٨١ ، فصل تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العموم وتقييد المطلق وغيرها «المثال الرابع».
(٣) الأشباه والنظائر في فروع فقه الشافعية ص ٩٦ ، ولاحظ قواعد الأحكام السابق.

الذي يسقى به ، أي لا يمنع بائعها من معتاد السقى بل يتركه يسقيها مما تسقى منه ومن الساقية^(١) التي تسقى منها. وإن منعه البائع من ذلك وردّه إلى مثل ذلك^(٢) مما لامشقة فيه زائدة جاز ، وهذا عند الاباضية فيما لو اشتراها وهي تسقى ، فإن اشتراها وهي لا تسقى فلا سقى لها إذ لم يعتد لها سقى^(٣).

وما سبق هو الصحيح في مذهب الاباضية. وقيل: لا ماء للمشتري إن لم يشترطه والسقى عندهم مشروط بعدم الضرر ، فلا يترك أن يضر المشتري بصاحب الأصل ، ولا يترك صاحب الأصل أن يضر بالمشتري صاحب الغلة ، لأن الضرر محرم^(٤).

وإن قلنا: السقى على البائع فإن المناهضة يرون أن يجبر عليه عند الامتناع حتى ولو كان امتناعه عن السقى لضرر يلحق بالأصل الذي يملكه. وعلة ذلك: أنه دخل في العقد على هذا. «فإن امتنع البائع من السقى لضرر يلحق بالأصل أجبر عليه لأنه دخل على ذلك»^(٥) ، «ويجبر البائع على السقى إذن. إن أبى السقى ، ولو تضرر الأصل بالسقى لأنه دخل على ذلك»^(٦).

وهل يشترط حاجة الثمر والزرع إلى السقى؟ الصحيح عند المناهضة

(١) الساقية: هي المجرى الذي يحمل الماء بين دفتيه إلى الأرض. المصباح المنير ج١ ص ١٩٦ كتاب الفاء.

(٢) أي إلى مثل ما تسقى منه.

(٣) كأن كان مما يشرب بعروقه لقربه من الماء ، وهو المسمى بالبعلي.

(٤) التيل وشرحه ج٨ ص ١١٧ ، ١١٨ ، الايضاح ج٥ ص ٦٤ ، ولا حظ قواعد الاحكام للمعز بن عبد السلام ج٢ ص ٢٨٠ ، ٢٨١.

(٥) المغنى ج٤ ص ٢٢٤ ، والشرح ج٤ ص ٢٦٩ ، كشاف القناع ج٢ ص ٢٨٥ ، الروض

المربع ج٢ ص ١٣٢ ، ١٣٣ ، ومعه حاشية العنقري.

(٦) كشاف القناع السابق.

اشترطه^(١).

وفى وجه يلزمه السقى ولو لم يحتج « ويلزم البائع سقيه ، يسقى الشجر الذي هو عليه إن احتاج إلى ذلك ، أي إلى السقى ، وكذا لو لم يحتج إليه ، لأنه يجب عليه تسليمه كاملا فلزمه سقيه »^(٢) ولعله علة هذا الوجه هي الأخذ بالأحوط.

وقالت الشافعية: يلزمه السقى إن احتج إليه.

يقول الباجورى « ... ومحلّه أيضا فيما يحتج إلى سقى بخلاف البعلى وهو الذي يشرب بعروقه لقربه من الماء فانه لا يحتج للسقى فلا يلزم البائع سقيه كما هو ظاهر »^(٣).

وما ذهب إليه الشافعية ، والصحيح عند المناهلة هو الراجع من وجهة النظر ، لحصول المقصود ، فلا فائدة فى الزام البائع بكلفة لاحاجة إليها ، ما دام قد عرف بالعادة عدم حاجته إلى السقى.

ولما كان السقى على البائع فان الشافعية يرون أنه إن شرط على المشتري بطل البيع لأنه مخالف لمقتضى العقد « فان شرط السقى على المشتري بطل البيع سواء شرط على المشتري سقيه من الماء المعد له أو من غيره »^(٤) ، ويقول الباجورى « فلو شرطه على المشتري بطل البيع لأنه

(١) المصادر السابقة للمناهلة.

(٢) الروض المربع ج ٢ ص ١٣٢ ، ١٣٣.

(٣) حاشية الباجورى ج ١ ص ٣٥١ ، وانظر. المذهب ج ١ ص ٢٨١ ، تحفة الاهانة ج ٤ ورقة ١٦٥ ، شرح المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة ج ٢ ص ٢٣٦ ، تحفة المحتاج وحاشيتى الشروانى والعبادى ج ٤ ص ٤٦٧.

(٤) تحفة المحتاج السابق. وفى الروضة ج ٣ ص ٢١٩ « فلو شرط كون السقى على المشتري بطل البيع » لأنه كما فى الأسنى وغيره « خلاف قضيته » أسنى المطالب وحاشية الرملى ج ٢ ص ١٠٨ ، شرح جلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة ج ٢ ص ٢٣٦.

مخالف لمقتضى العقد»^(١).

والذي يظهر من مذهب المالكية بطلان الشرط وصحة البيع طبقا لمنهج الامام مالك فى الشروط. فعند المالكية شروط تبطل ويصح العقد.

من هذه الشروط: شرط اسقاط الجائحة عن البائع على المعتمد عندهم «... وشرط عدم الجائحة فى الثمار أو الزروع فيبلغى ويصح البيع على المعتمد»^(٢). والمعنى أنها إن سقطت عن البائع كانت على المشتري ، والعطش جائحة وهى على البائع.

ومنها: شرط الزكاة على البائع فى ثمار وزروع بيعت مع الأصل قبل بدو صلاحها «من اشترى ثمرا لم يبد صلاحه ، أو زرعاً أخضر مع أصله وشرط أن الزكاة على البائع فان العقد صحيح والشرط باطل وتكون الزكاة على المبتاع لأنه غرر ولا يعلم قدره»^(٣).

وحيث وجب على البائع السقى. وقلنا: يحصل القبض بالتغذية فاليدلها^(٤).

والسقى يكون على قدر الكفاية. ومن ثم لو شرط البائع أن يسقيه مرة واحدة أو عدد معلوما بطل البيع.

«قال القفال فى فتاويه: ولو شرط أن يسقيه مرة واحدة أو عددا معلوما بطل البيع لأن السقى يكون على قدر الكفاية»^(٥).

(١) حاشية الباجورى ج١ ص ٣٥١.

(٢) شرح الحرشى وحاشية العدوى ج٥ ص ١٨٤ مجلد / ٣ ، جواهر الاكليل ج٢ ص ٦٠ ، الشرح الصغير وحاشية الصاوى ج٤ ص ٣٠٨ ، ٣٠٩.

(٣) شرح الحرشى السابق. ولاحظ مذهب مالك فى الشروط فى بداية المجتهد ج٢ ص ٢٤٣ ومابعدها ، القوانين ص ٢٢٣.

(٤) اسنى المطالب وحاشية الرملى ج٢ ص ١٠٨.

(٥) حاشية الرملى السابق.

«ولا يكفى سقيه بما يدفع عنه التلف والتعيب بل لابد من سقى ينميه على العادة»^(١).

فلو انقطع الماء واحتاجت الثمرة إلى السقى فللمشتري الخيار على ظاهر المذهب عند الشافعية لأنه استحق تسليم الثمار كاملة ، وكما لها بالسقى ، فإذا تعذر السقى فقد تعذر التسليم على الصفة المستحقة.

وحكى عن أبي على الطبرى أنه قال: ثبت الخيار على قولنا أن الجوائح توضع عن المشتري ، فأما إذا قلنا لا توضع فلا خيار له^(٢).

وفى الشرواني: الخيار يثبت للمشتري ما لم يتعذر السقى ، فان تعذر بأن غارت العين أو انقطع النهر فلا خيار له كما صرح به أبو على الطبرى. ولا يكلف فى هذه الحالة تكليف ماء آخر وإن قرب جدا كما هو قضية نص الأم وكلام الجوينى فى السلسلة^(٣).

ولو تعيب الثمرة المبيع منفردا من غير مالك الشجر بعد التخلية بترك البائع السقى الواجب عليه بأن كان ما يسقى منه باقيا فللمشتري الخيار فوراً لأن التعيب الحادث بترك البائع ما لزمه كالسابق على القبض «التخلية»^(٤).

فان تلف الثمر كلا أو بعضا بترك السقى انفسخ العقد فى الكل أو البعض.

(١) تحفة المحتاج وحاشيتى الشروانى والعبادى ج٤ ص ٤٦٧.

(٢) تنمة الابانة ج٤ ورقة ١٦٥.

(٣) حاشية الشروانى ج٤ ص ٤٦٨ ، ولاحظ معها حاشية العبادى.

(٤) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٦٨ ، ٤٦٩ ، وفى الشروانى «إن تعيبت بالعطش ولو بعد

القبض مع إمكان السقى تخير المشتري وإن قلنا الجائحة من ضمانه لاستناد العيب إلى ترك السقى المستحق» الشروانى على التحفة السابق ص ٤٦٩ ، وانظر للمحاولة كشاف القناع ج٢ ص ٢٨٦.

قال فى الروض: فان آل التعيب إلى التلف والمشتري عالم به ولم يفسخ فهل يغرم له البائع البدل لعدوانه أم لا لتقصير المشتري بترك الفسخ مع القدرة؟ وجهان، قال فى شرح الروض: الأوجه الثانى.

وعبارة العباب: فان أفضى التعيب إلى تلفه فان لم يعلم به المشتري أي لم يعلم بالانقضاء إلى التلف حتى تلف انفسخ البيع. وإن علم به ولم يفسخ ففي غرم البائع له وجهان^(١).

وكل موطن قلنا فيه بثبوت الخيار إنما هو فى بيعها مفردة. ومن ثم فلا خيار للمشتري إذا بيعت مع الشجر أو من مالك الشجر لعدم وجوب السقى حينئذ على البائع^(٢).

باع الثمر لشخص ، والشجر لآخر ، فهل يلزمه السقى؟

لو باع الثمرة لزيد ثم باع الشجر لعمره ، هل يلزم البائع سقى الثمرة أم لا؟

قال الشروانى: فيه نظر. والأقرب للزوم ، ويوجه: بأنه التزم له السقى فبيع الشجرة لغيره لا يسقط عنه ما التزمه^(٣).

باع المشتري الثمرة لآخر ، فهل يلزم مالك الأصل السقى؟

باع الثمرة لشخص ثم باعها المشتري لآخر فهل يلزم البائع الأول

(١) تحفة المحتاج وحاشيتى الشروانى والعبادى ج٤ ص ٤٦٨ ، ٤٦٩ ، وفى حاشية الباجورى ج١ ص ٣٥١ «فان تلف بترك السقى ولو بعد التخلية انفسخ البيع أو تعيب ثبت الخيار».

(٢) حاشيتى الشروانى والعبادى السابقين ص ٤٦٨ .
ومسألة تعيب الثمرة وتلفها محل دراستها الجوانح فى الشار ، وللفقهاء تفصيلات بطول شرحها.

(٣) حاشية الشروانى ج٤ ص ٤٦٧.

السقى؟ وجهان. الأول: لا يلزمه السقى وإن كان مالكا للشجرة لأن المشتري الثانى لم يتلق من البائع الأول فلا علة بينهما. الوجه الثانى: قال الشروانى: ولكن عن شيخنا الزياىى أنه يلزمه السقى لكونه التزمه بالبىع ، وإلى هذا ميل القلب^(١).

محل وجوب السقى على البائع:

علم بما تقدم عند القائلين بأن السقى يلزم البائع: أنه إنما يلزمه فى ثمار ، وزروع بىعت بعد بدو صلاحها^(٢) على الاطلاق أو بشرط التبقية ، فانه يلزمه سقىها بقدر الكفاية قبل التخلية وبعدها قدر ما ينمو به ويسلم من التلف والفساد لأن السقى من تمة التسليم الواجب ، ولا يكفى سقىه بما يدفع عنه التلف والتعب بل لابد من سقى ينميه على العادة.

فان بىعت بعد بدو الصلاح بشرط القطع أو القلع فانه لا يجب سقى على البائع كما بعثه السبكى. وعدم الوجوب هنا قبده الرملى بما بعد التخلية لأنه حينئذ لا علة بينهما.

قال المحلى: ثم البىع يصدق مع شرط القطع ولا يلزمه فيه السقى بعد التخلية ، ومفهومه لزوم السقى قبل التخلية.

(١) تحفة المحتاج وحاشيتى الشروانى والعبادى ج٤ ص ٤٦٧.

(٢) وابن قاسم ذكر فى شرحه هذا الحكم فيما قبل بدو الصلاح ، وخطأ الباجورى. يقول ابن قاسم «ومن باع ثمرا أو زرعاً لم يبد صلاحه لزومه سقىه قدر ما تنمو به الثمرة وتسلم عن التلف سواء خلى البائع بين المشتري والمبيع أو لم يخل» قال الباجورى: هذا مشكل لأنه لا يصح بيع ما ذكر إلا بشرط القطع أو القلع ومع ذلك لا يلزم البائع السقى ، فالصواب أن يقول: ومن باع ثمرا أو زرعاً بدا صلاحه ... الخ. وعبارة الشيخ الخطيب: وعلى بائع ما بدا صلاحه من الثمر وغيره سقىه ... الخ. ويمكن أن يصور كلام الشارح - أى ابن قاسم - بما إذا باع مالم يبد صلاحه بشرط القطع أو القلع وكان لا يتأتى قطعه أو قلعه إلا فى مدة طويلة يحتاج فيها للسقى فانه يلزم البائع حينئذ سقىه. حاشية الباجورى وشرح ابن قاسم ج١ ص ٣٥١.

وعند الرملى: لم يجب بعد التخلية ، مفهومه وجوب السقى قبل التخلية وإن أمكن قطعه حالا.

ولم يذكر البعض قيد «بعد التخلية». وقضيته أنه لافرق بين ما بعد التخلية وما قبلها وهو ظاهر. لأن المشتري لا يستحق ابقاءه فلا معنى لتكليف البائع السقى الذي ينميه. وقد يقال بوجوبه قبل التخلية. وبوجه بأن التقصير من البائع حيث لم يخل بين المشتري وبينه ، فاذا تلف بترك السقى كان من ضمانه.

والراجع فيما إذا كان الشراء بشرط القطع أن السقى بعد التخلية على المشتري وأنه ليس على البائع حينئذ سقى. لكن هذا فيما لا يحتاج إلى وقت طويل لقطعه ، فاذا كان لم يتأت قطعه إلا فى زمن طويل يحتاج فيه إلى السقى فبالأوجه تكليف البائع السقى. وظاهره حينئذ أنه لافرق فى وجوب السقى بين ما قبل التخلية وما بعدها. وللأذرعى فى ذلك نظر.

وإذا كان البيع قبل بدو الصلاح فالحكم فيه هو ما تقدم فى البيع بعد بدو الصلاح بشرط القطع. لأن البيع قبل بدو الصلاح لا يصح إلا بشرط القطع أو القلع^(١).

ولاسقى على البائع إذا كان لا يملك الأصل بأن باع الشجرة لمالك الشجرة أو الزرع لمالك الأرض ، أو باعهما مع الأصل^(٢) لانقطاع العلقه بينهما.

(١) تحفة المحتاج وحاشيتى الشروانى والعبادى ج٤ ص ٤٦٧ ، حاشية الباجورى ج١ ص ٣٥١ ، شرح المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة ج٢ ص ٢٣٦ ، روضة الطالبين ج٣ ص ٢١٩. «إذا باعه قبل بدو الصلاح أو بعده بشرط القطع فلا سقى على البائع لانقطاع العلقه بينهما باشتراط القطع. قاله الرملى: نعم لو كثر الثمر وكان لا يتأتى قطعه إلا فى زمن طويل يحتاج فيه للسقى فالظاهر اللزوم للعاده» أسنى الطالب وحاشية الرملى ج٢ ص ١٠٨.

(٢) سبق شرح هذه الصور فى ص ٢٤٦.

ومن صور عدم ملك الأصل بيع الثمرة لثالث ، والظاهر أنه لا يجب أيضا السقي على البائع فى هذه الصورة^(١).

المسألة الرابعة: اشترى على النزع ثم اختلفا قلعا وحصادا:

لو اشترى زرعاً على النزع ثم اختلف مع البائع قطعاً وحصاداً فمن الذي يصدق؟

والجواب: أن القول قول من قال بالحصاد ، إلا إن كان المبيع مما لا يحصد ، وإنما مما يقلع. وأما إن اشتراه ولم يذكر النزع فالقول قول المشتري قلعا أو حصادا^(٢).

المسألة الخامسة: خيار الرؤية فى بيع الثمار على رؤوس أشجارها:

يقول ابن عابدين نقلاً عن البحر «تتمة: اشترى الثمار على رؤوس الأشجار فرأى من كل شجرة بعضها يثبت له خيار الرؤية. بحر»^(٣).

المسألة السادسة: حيل فى بيع الثمار والزروع مفردة:

حيلة فى شرط الانتفاع:

تقدم أن الجمهور يرى جواز بيع الثمار والزروع قبل بدو الصلاح على القطع بشرط أن يكون المبيع منتفعاً به فى الحال بأى وجه من وجوه الانتفاع. ومن قال بذلك عامة مشايخ الحنفية خلافاً لظاهر الرواية^(٤).

(١) سبقت هذه الصورة فيما لو باع المشتري الثمرة لآخر ص ٦٦٧.
وانظر. تحفة المحتاج وحاشيتى الشروانى والعبادى ج٤ ص ٤٦٧ ، شرح المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة ج٢ ص ٢٣٦ ، روضة الطالبين ج٢ ص ٢١٨ ، ٢١٩ ، أسنى المطالب وحاشية الرمل ج٢ ص ١٠٨.

(٢) شرح النيل ج٨ ص ١٢١.

(٣) حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤٢.

(٤) راجع ص ١٦٦ من البحث ، وانظر. شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٨٩.

ثم إن مشايخ الحنفية قالوا «والحيلة في جوازه باتفاق المشايخ أن يبيع الكمثرى^(١) أول ماتخرج مع أوراق الشجر ، فيجوز فيها تبعا للأوراق كأنه ورق كله»^(٢).

وفى الدر «ولو بيع ورد الكمثرى مع أوراقه جاز تبعا اتفاقا»^(٣).

وفى المجمع «والحيلة في جوازه باتفاق المشايخ أن يبيع الكمثرى أول ماتخرج مع الأوراق فيجوز فيها تبعا للأوراق كأنه ورق كله»^(٤).

الحيلة في جعل الزيادة للمشتري:

جمهور الفقهاء يرى عدم جواز بيع الرطبة «الزروع الأخضر» إلا بشرط القطع أو القلع. لكن قد يرغب المشتري في بقاء الرطبة لتأكله الماشية.

ويرى الشافعية أنه لكي يتحقق ذلك للمشتري عليه أن يشتري بشرط القطع أو القلع ثم يستأجر الأرض حتى تكون العروق مملوكة له ، ومن ثم فيكون ما يحدث من الزيادة مملوكا له أيضا ، وكالاجارة الاعارة.

يقول الشرواني «والطريق في جعل الزيادة أيضا للمشتري أن يبيعه بشرط القطع ثم يؤجره الأرض أو يعبرها له»^(٥).

وفى موطن آخر قتال «وطريق شرانه للرعى أن يشتري بشرط القلع ، ثم يستأجر الأرض مدة يتأتى فيها رعيه ، وفى هذه تكون الربة للمشتري»^(٦).

(١) لعل تخصيص الكمثرى بالذكر. لأنه قد وقع الاتفاق على أنه لا ينتفع بها قبل بدو

الصلاح الذي يطيب معه أكلها.

(٢) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٨٩.

(٣) الدر المنتقى ج ٢ ص ١٧.

(٤) مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٧.

(٥) حاشية الشرواني ج ٤ ص ٤٦٤.

(٦) المصدر السابق ص ٤٦٩.

ويقول الرملى «فلو أراد أن يشتري لرعى البهائم فطريقه أن يشتري بشرط القلع ثم يستأجر الأرض»^(١).

وفى موطن آخر «فان أراد شراء الحشيش رطباً لتأكله المواشي فطريقه أن يشتري بشرط القلع ثم يستأجر الأرض حتى تكون العروق مملوكة له فما يحدث من الزيادة يكون ملكاً له. قاله المتولى»^(٢).

ويقول العبادي «واعلم أنهم قالوا: من أراد شراء زرع أو نحوه قبل بدو صلاحه لرعيه فطريقه أن يشتريه بشرط القلع ثم يستأجر الأرض ، وحينئذ ففضيلة كون الزيادة للبائع أنه لو لم يرعه حتى زاد وطال امتنع الرعى بغير رضا البائع لأن الزيادة له وهي غير متميزة. فالأخلص له أن يشتريه بشرط القلع ثم يستأجر الأرض»^(٣).

أقول: فالأخلص المذكور إنما هو فى إجارة الأرض ، أما إجارة الشجر لبقاء الشجرة حتى يبدو صلاحها فإنها لا تجوز.

وقد صرح المالكية بعدم جواز استئجار الأشجار ، لأن ذلك يؤدى إلى بيع الشجرة قبل بدو صلاحها «فلا يصح استئجار الأشجار لاستيفاء ثمرها لأن ذلك يؤدى إلى بيع الشجرة قبل بدو صلاحها»^(٤).

وقالت الحنابلة بذلك فى إجارة الشجر أو إعارته ، وهو الصحيح عندهم فى إجارة الأرض أو إعارتها فى كشف القناع: «وان اشترى الشجرة قبل بدو صلاحها «بشرط القلع» فى الحال «ثم استأجر الأصول أو استعارها» أي الأصول «لتبقيتها» أي الشجرة «إلى» أو ان «الجذاذ لم

(١) حاشية الرملى على الأسنى ج٢ ص ١٠٥.

(٢) المصدر السابق ص ١٠٨.

(٣) حاشية العبادي ج٤ ص ٤٧١.

(٤) كفاية الطالب وحاشية الصميدى ج٢ ص ١٦٧.

يصح» وكذا لو اشترى الزرع أخضر بشرط القطع فى الحال ، ثم استأجر الأرض فى الحال أو استعارها لتبقيته لم يصح»^(١).

والاتفاق عند الحنفية على بطلان إجارة الأشجار ، أما إعارتها فمحل خلاف ، ورجع سعد جلى الجواز معتمدا على ما نقله الكاكى عن الجامع مع الأصغر.

أما إجارة الأرض أو إعارتها لترك الزرع فانها تقع فاسدة. والأصل أن إجارة الأرض جائزة لكنها فسدت هنا لجهالة الأجل فأورثت خبثا «إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك حيث لا يطيب له الفضل لأن الاجارة هنا فاسدة لأن الأرض يجوز إيجارتها وإنما فسدت لجهالة الاجل فأورثت خبثا»^(٢).

يقول الباهرتى فى حكم إجارة أو إعارة الأشجار للترك عليها «إعارة الأشجار أو إيجارتها لا تجوز»^(٣)، وذكر فى البحر «أن كلا من الاجارة والاعارة غير صحيح»^(٤).

ويقول سعد جلى «أقول: إعارة الاشجار ينبغى أن تجوز ، ويدل عليه ما نقله العلامة الكاكى عن الجامع الأصغر»^(٥) وهو ظاهر كلام البحر.

فاذا لم يرض البائع باعارة الأشجار تخير المشتري بين ابطال البيع أو قطع الثمرة «فى البحر: لو باع ثمرة بدون الشجرة ولم يدرك ولم يرض البائع باعارة الشجر أن يتخير المشتري إن شاء أبطل البيع أو قطعها لأن فى القطع

(١) كشف القناع ج٢ ص ٢٨٢ ، وانظر. حاشية المنقرى على الروض ج٢ ص ١٣١ ، القواعد لابن رجب ص ١٧١.

(٢) شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩٠ ، وانظر. شرح العناية ج٥ ص ٤٨٩.

(٣) شرح العناية السابق.

(٤) مجمع الأنهر ج٢ ص ١٧ ، ١٨.

(٥) حاشية سعد جلى ج٥ ص ٤٨٩.

اتلاف المال»^(١).

تعليب الزيادة للمشتري بالاجارة الباطلة دون الفاسدة عند الحنفية:

يقول ابن الهمام «ولو باع مالم يتناه عظمه مطلقا عن الشرط ثم تركه»^(٢) فاما باذن البائع إذنا مجردا ، أو باذن في ضمن الاجارة ، بأن استأجر الأشجار إلى وقت الادراك ، أو بلا إذن^(٣) . ففي صورتين الأولين يطيب له الفضل والأكل ، أما في الاذن المجرد فظاهر ، وأما في الاجارة فلأنها إجارة باطلة»^(٤).

وبالرغم من قولهم ببطلان إجارة الأشجار إلا أنهم يرون طيب الزيادة للمشتري. وهذا استثناء من قاعدة مشهورة عندهم تقول «إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه ، وهو معنى قولهم: إذا بطل المتضمن -بالكسر- بطل المتضمن -بالتفتح-». هذه القاعدة ذكرها ابن نجيم في اشباهه ثم قال «وخرج عنها ما ذكره في البيوع: لو باعه الثمار وأجره الأشجار طاب له تركها مع بطلان الاجارة ، فمقتضى القاعدة: ألا يطيب لشبوت الاذن في ضمن الاجارة»^(٥).

(١) الدر المنقى ج ٢ ص ٢٢.

(٢) خص مالم يتناه عظمه بالذكر لأنه محل اتفاق عند الحنفية في أنه لا يجوز بيعه على الترك بخلاف ماتناهي عظمه فأجازه محمد. وقد تقدم في ص ٢٦٩ من البحث.

(٣) راجع الاذن المجرد ، وكذلك الترك بلا إذن ، إذا كانت الزيادة في ذات الشجرة ص ١٨٨ من البحث. والبيع صحيح في الحالتين. لكن في حالة الاذن يطيب للمشتري الفضل ولا يتصدق به ، وفي حالة عدم الاذن يتصدق بالزائد إن كان الشراء قبل تناهي عظمها ففي الدر المختار «لو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الزيادة وإن بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاتها ، وإن بعد ماتناهي لم يتصدق بشيء» الدر المختار بهامش حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤١ ، ٤٢.

(٤) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٠ ، وانظر. الهداية وشرح الكفاية وشرح العناية ج ٥ ص ٤٩٠ ، ٤٩١ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٣ ، الاختيار ج ٢ ص ٦ ، ٧.

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٩١ ، وانظر. غمز عيون البصائر على الأشباه المذكور ج ٤ ص ١٥٦ ، ١٥٨.

وإذا كانت الزيادة تطيب للمشتري بهذه الاجارة الباطلة ، إلا أنها لا تطيب له بالاجارة الفاسدة كما لو اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك.

أما عن وجه البطلان في إجارة الأشجار: فلعدم التعارف في إجارة الأشجار والحاجة.

فإن الحاجة ليست بمتعينة في ذلك ، وإنما تتعين لو لم يكن مخلص إلا بالاستئجار ، وهنا يمكن أن يشتري الثمار مع أصولها فيتركها عليها ، ولا يخفى ما في هذا من العسر فإنه يستدعى شراء ما لا حاجة إليه ، أو ما لا يقدر على ثمنه ، وقد لا يوافق البائع على بيع الأشجار ، فالأول أولى.

وأصل الاجارة مقتضى القياس فيها البطلان إلا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل ، ولا تعامل في إجارة الأشجار المجردة فلا يجوز. وكذا لو استأجر أشجارا ليجفف عليها ثيابه لا يجوز. ذكره الكرخي.

وأما عن وجه الفساد: فإنه إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك ، فإن اجارة الأرض جائزة ، وإنما فسدت الاجارة هنا لجهالة المدة فقد يتقدم الادراك إذا تعجل الحر ، وقد يتأخر إذا طال البرد ، فأورثت خبثا.

وأما عن طيب الزيادة بالاجارة الباطلة دون الفاسدة فلأن الاجارة متضمنة للاذن. ولما كان الباطل لا وجود له ، فإنه إذا بطلت الاجارة ، لم يوجد إلا الاذن فبقى معتبرا ، وصار مستقلا بنفسه فطاب للمشتري الفضل.

أما الفاسد فله وجود ، فكان الاذن ثابتا في ضمنه باعتباره ، فمنع الاذن لفساده بفساد الاجارة ، فلم يطب له الفضل وسبيلة التصديق^(١).

(١) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٠ ، مجمع الأنهر ، والدر المتقى ج ٢ ص ١٨ ، (-)

وفى الدر « وإن استأجر الشجر إلى وقت الإدراك بطلت الاجارة ، وطاب الزيادة لبقاء الاذن. ولو استأجر الأرض لترك الزرع^(١) فسدت لجهالة المدة ولم تطب الزيادة^(٢) -ملتقى الأبحر- لفساد الاذن بفساد الاجارة بخلاف الباطل كما حررناه فى شرحه^(٣) »^(٤).

(=) الهداية ج ٥ ص ٤٩١ ، شرح الكفاية ج ٥ ص ٤٩٠ : ٤٩٢ ، شرح العناية ج ٥ ص ٤٩٠ ، ٤٩١ ، تبين الحقائق وحاشية الشلى ج ٤ ص ١٢.

والباطل والفساد مترادفان معنى عند الجمهور. والذي فرق بينهما فى المعاملات هم الحنفية. بل ان فى شرح النقابة للعلامة القهستاني أنهما فى العبادات أيضا غير مترادفين واستغربه الحموى فى غمز عيون البصائر قال القهستاني فى شرحه السابق: ان الباطل ما انتفى ركنه أو شرطه سواء كان من قبيل العبادة أو المعاملة كصلاة بلا وضوء ونكاح بلا شهود ، وكثيرا ما يطلق الفاسد عليه وبالعكس. والفساد لغة الذهاب الروتق وشرعا ما وجد أركانه وشروطه دون أوصافه الخارجية المعتبرة شرعا كبيع خمر وصلاة بلا فاتحة. أ.هـ.

قال المحمدي: وقد علم منه أن الباطل والفساد فى العبادات غير مترادفين وهو غريب. وشرح الحنفية على أنهما غير مترادفين فى المعاملات ، مترادفان فى العبادات وفى النكاح كذلك لكن قالوا: نكاح المعارم فاسد عند أبى حنيفة رحمه الله فلا حد ، وباطل عندهما رحمهما الله فيحد. وفى جامع الفصولين: نكاح المعارم قبل باطل وسقط الحيد لشبهة الاشتباه ، وقبل فاسد وسقط الحد بشبه العقد أ.هـ.

وأما فى البيع فمتباينان. فباطله ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه ، وفساده ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه. وحكم الباطل أنه لا يملك بالقبض. وحكم الفاسد أنه يملك بالقبض. الأشباه لابن نجيم ص ٣٣٧ ونسخة خرى معها غمز عيون البصائر للحموى ج ٢ ص ٤٣٩ ، وخلاصة الفرق بينهما فى البيع أن باطله غير مشروع أصلاً أي لم يشرع لا بأصله ولا بوصفه فهو مضطحل الأصل والوصف جميعاً ، حيث أن الخلل يرجع فيه إلى ركن من أركان ماهية البيع مثلاً. التى هي العاقدان والعوضان كالتهى عن بيع الخنزير والميتة ويوع الفرر ، فالمفسدة فى نفس الماهية أما البيع الفاسد فهو ما شرع بأصله دون وصفه لكون الخلل يرجع فيه إلى الشرط لا إلى الركن ، وهذا النوع مفيد الحكم إذا اتصل به القبض. وهذا موضوع محله علم أصول الفقه.

(١) قال ابن عابدين: الأولى تعبير الهداية وغيرها بقوله: إلى أن يدرك الزرع ، أي إلى وقت إدراكه بلا ذكر مدة.

(٢) قال ابن عابدين: أي الزيادة على الثمرة ، ولا ماغرم من أجرة المثل.

(٣) قال ابن عابدين: ونصه لفساد الاذن بفساد الاجارة. حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٢.

(٤) الدر المختار بهامش ابن عابدين السابق ص ٤١ ، ٤٢.

والاجارة باطلة ولو عين المدة يقول ابن عابدين «بطلت الاجارة وإن عين المدة فان أصل الاجارة مقتضى القياس فيها البطلان إلا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل ولا تعامل في إجارة الأشجار المجردة فلا يجوز ، وكذا لو استأجر أشجارا ليجفف عليها ثيابه لم يجز ، ذكره الكرخي. فتح» (١).

ويقول الكاساني «لو اشترى مطلقا عن شرط فانه يجب عليه القطع» (٢) فان استأجر المشتري من البائع الشجر للترك إلى وقت الادراك طاب له الفضل لأن الترك حصل باذن البائع ، ولكن لا تجب الأجرة لأن هذه الاجارة باطلة لأن جوازها ثبت على خلاف القياس لتعامل الناس. فما لم يتعاملوا فيه لاتصح فيه الاجارة ، ولهذا لم تصح إجارة الأشجار لتجفيف الثياب ، وإجارة الأوتاد لتعليق الأشياء عليها ، وإجارة الكتب للقراءة ، ونحو ذلك ، حتى لم تجب الأجرة لما قلنا كذا هذا» (٣).

وفى مجمع الأنهر «ولو استأجر المشتري الشجر بطلت الاجارة ، أي لو اشتراها مطلقا عن الترك والقطع ثم استأجر الشجر إلى وقت ادراك الثمر، بطلت الاجارة وطابت الزيادة ، لأن الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقى الاذن معتبرا فتطيب. وإن استأجر المشتري الأرض لترك الزرع إلى أن يستحصد ، فسدت الاجارة لجهالة المدة فقد يتقدم الادراك إذا تعجل الحر ، وقد يتأخر إذا طال البرد ، ولا تطيب الزيادة الحاصلة فيها للخبث» (٤).

وفى شرح العناية «وإن اشتراها مطلقا عن الترك والقطع وتركها على النخيل باستئجار النخيل إلى وقت الادراك طاب له الفضل لبطلان إجارة النخيل لعدم التعارف ، فان التعارف لم يجز فيما بين الناس باستئجار

(١) حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤٢.

(٢) أي لأن الاطلاق عند الحنفية محمول على القطع.

(٣) بدائع الصنائع ج٥ ص ١٧٣ ، وانظر. الاختيار ج٢ ص ٦ ، ٧.

(٤) مجمع الأنهر والدر المنقذ ج٢ ص ١٨.

الأشجار ، ولعدم الحاجة إلى ذلك لأن الحاجة إلى الترك بالاجارة إنما تتحقق إذا لم يكن مخلص سواها ، وههنا يمكن للمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها^(١) . وإذا بطلت الاجارة بقى الاذن معتبرا فيطيب له الفضل ... بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب له الفضل لأن الاجارة فاسدة لجهالة وقت الزرع فان الادراك قد يتقدم لشدة الحر ، وقد يتأخر للبرد ...»^(٢) .

ويقول الزيلعي « وان اشتراها مطلقا ثم استأجر النخل إلى وقت الادراك فتركها طاب له الفضل لأن الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فيبقى الاذن معتبرا بمجرد بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل وهو مازاد على الثمن وعلى ماغرم من أجره المثل لأن الاجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا»^(٣) .

(١) قال سعد جلبي « أقول: إنما يمكن للمشتري ذلك أن لو باعه البائع كذلك ويبلغ مايقدر عليه المشتري من النقود إلى مقدار قيمته ويكون له غرض في أصولها ، وليس كذلك. ولا يشبه ثمار الأشجار بالهاذيجان والبطيخ كما لا يخفى. ثم أقول: لو صح ما ذكره لم تصح الاجارة مطلقا بهذا المخلص بعينه ، بل المخلص نفسه مانقل عن أبي الليث السمرقندي رحمه الله « حاشية سعد جلبي على شرح العناية ج ٥ ص ٤٩٠ ، والمعنى أن سعد جلبي يرى أن شراء الثمار مع أصولها إنما ينفع في الهاذيجان والبطيخ ونحوهما من المقائى . وليس في مثل النخيل ، ومن ثم فالمخلص عنده مانقل عن أبي الليث وهو أن « يعمل له البائع ما يوجب ، فان خاف أن يرجع بفعل كما قال الفقيه أبو الليث في الاذن في ترك الثمر على الشجر. وهو أن يأذن المشتري ، على أنه متى رجع عن الاذن كان مأذونا في الترك بأذن جديد ، فيحله علي مثل هذا الشرط » شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٢ .

(٢) شرح العناية ج ٥ ص ٤٩٠ ، ٤٩١ ونص الهداية « وإن اشتراها مطلقا وتركها على النخيل ، وقد استأجر النخيل إلى وقت الادراك طاب له الفضل لأن الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقى الاذن معتبرا ، بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لأن الاجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا » الهداية ج ٥ ص ٤٩١ ، قال في شرح الكفاية « ... لأن الاجارة فاسدة لجهالة مدة الادراك فيصير المعقود عليه مجهولا فقد يتقدم الادراك اذا تعجل الحر ، وقد يتأخر الادراك إذا طال البرد » شرح الكفاية على الهداية السابق ص ٤٩١ ، ٤٩٢ .

(٣) تبين الحقائق ج ٤ ص ١٢ .

اعتراض على بقاء الاذن فى الاجارة الباطلة وجوابه:

يقول الباهرتى: فان قيل: لا نسلم بقاء الاذن فانه ثبت فى ضمن الاجارة، وفى بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالوكالة الثانية فى ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن.

اجيب: بأن الباطل معدوم لأنه هو الذي لا تحقق له أصلا ولا وصفا شرعا علي ما عرف ، والمعدوم لا يتضمن شيئا حتى يبطل ببطلانه بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبرا.

والفاسد ماله تحقق من حيث الأصل فأمكن أن يكون متضمنا لشيء ويفسد ذلك الشيء لفساد المتضمن ، وإذا انتفى الاذن كان الفضل خبيثا وسبيله التصديق^(١).

وفى شرح الكفاية «فان قيل: الاذن ثبت فى ضمن الاستئجار ، وقد بطل المتضمن فيبطل ما فى ضمنه. قلنا: الاذن فى الاجارة الباطلة صار أصلا. إذ الباطل عبارة عن المعدوم المضمحل والمعدوم لا يصلح متضمنا فصار الاذن مقصودا ، ولا كذلك فى الاجارة الفاسدة لأن الفاسد ما كان موجودا بأصله فائتا بوصفه ، فأمكن جعله متضمنا للاذن ، وفساد المتضمن يقتضى فساد ما فى ضمنه فيفسد الاذن فيتمكن الحث»^(٢).

ويقول دامار أفندى «والحاصل: أن الاذن فى الاجارة الباطلة صار أصلا ، إذ الباطل عبارة عن المعدوم المضمحل ، والمعدوم لا يصلح متضمنا فصار الاذن مقصودا ، ولا كذلك فى الفاسد ، لأن الفاسد ما كان موجودا بأصله فائتا بوصفه فأمكن جعله متضمنا للاذن ، وفساد المتضمن يقتضى

(١) شرح العناية ج ٥ ص ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ولا حظ مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٧ ، ١٨ .

(٢) شرح الكفاية ج ٥ ص ٤٩١ ، ٤٩٢ .

فساد مافى الضمن فيفسد الاذن فيتمكن الخبث»^(١).

ويقول الشلبى «والفرق بين الاذن الثابت فى ضمن الاجارة الباطلة وبينه فى ضمن الاجارة الفاسدة ، أن الاذن فى الاجارة الباطلة صار أصلا مقصودا بنفسه لأن الباطل لاوجود له ، والمعدوم لا يصلح أن يكون متضمنا وليس كذلك الاجارة الفاسدة لأن الفاسد فائت الوصف دون الأصل فلم يكن معدوما بأصله فصح أن يكون متضمنا فاذا فسد المتضمن فسد المتضمن. أ.هـ. اتقانى»^(٢).

ويقول ابن عابدين «وفساد المتضمن يوجب فساد المتضمن بخلاف الباطل فانه معدوم شرعا أصلا ووصفا فلا يتضمن شيئا فكانت مباشرته عبارة عن الاذن. وحاصل الفرق كما فى الفتح وغيره: أن الفاسد له وجود لأنه فائت الوصف دون الأصل فكان الاذن ثابتا فى ضمنه فيفسد بخلاف الباطل فانه لاوجود له أصلا فلم يوجد إلا الاذن»^(٣).

حيل أخرى للحنفية فى أن يطيب للمشتري ما زاد فى ذات المبيع ومالم لم يكن بارزا وقت العقد^(٤):

تقدم فى هذا البحث عند الحنفية أنه إن اشترى ثمرة الشجرة على الاطلاق فانه يجب عليه قطعها فان تركها بدون اذن البائع وزادت فى نفسها فان الزيادة لا تحل للمشتري^(٥) وكذلك ان اشتراها وتركها حتى أثمرت ثمرا

(١) مجمع الأنهر ومعه الدر المنقى ج٢ ص ١٨ ، ١٩ .

(٢) حاشية الشلبى على تبين الحقائق ج٤ ص ١٢ .

(٣) حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤١ ، وانظر فتح القدير ج٥ ص ٤٩٠ . قال ابن عابدين

«ولا يخفى أن هذا الفرق يناهى ما مر فى أول البيوع من أن البيع بعد عقد فاسد أو باطل

لا ينعقد قبل متاركة العقد الأول ، وينافى فروعا آخر مذكورة فى آخر الفن الثالث من

الأشبهاء عند قوله «إذا بطل الشئ بطل مافى ضمنه» . لكن فى تقريرات بعض الأفاضل

بهامش ابن عابدين: أنه لا منافاة أصلا

(٤) انظر. حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤١ .

(٥) ذكرنا قبل هذا أنها تحل له بالاذن المجرد ، والاذن الضمنى فى الاجارة.

آخر ، فما لم يكن موجودا وقت العقد لا يحل للمشتري ، بل ويبطل العقد في ظاهر المذهب ان اختلطت ولم تتميز وكان الاختلاط قبل التخلية^(١).

والمخلص للمشتري من هذا كما يقول ابن الهمام وغيره «والمخلص من هذه اللوازم الصعبة أن يشتري أصول الباذنجان والبطيخ والرطوبة ليكون ما يحدث على ملكه. وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ويستأجر الأرض مدة معلومة بعلم غاية الادراك وانقضاء الغرض فيها بباقي الثمن. وفي ثمار الأشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد ، فان خاف أن يرجع يفعل كما قال الفقيه أبو الليث في الاذن في ترك الثمر على الشجر ، وهو أن يأذن المشتري على أنه متى رجع عن الاذن كان مأذونا في الترك باذن جديد فيحله على مثل هذا الشرط»^(٢).

ويقول البابر تى «والمخلص أى الحيلة في جوازه فيما إذا حدثت قبل القبض أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة على ملكه ، ولهذا قال شمس الأئمة السرخسى إنما يجوز جعل الموجود أصلا ، والحادث تبعا إذا كان ثمة ضرورة ولا ضرورة ههنا لاندفاعها ببيع الأصول»^(٣).

ويقول الزيلعى «ولو اشتراها مطلقا فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لعجزه عن التسليم. والمخلص أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة فى ملكه ، ثم يبيع الأصول بعد قضاء حاجته من البائع إن شاء» قال الشلبى معلقا «والمخلص من فساد البيع أن يشتري الأصول أى ويستأجر الأرض ويقدم الشراء على الاجارة فان قدم الاجارة لايجوز لأن الأرض تكون مشغولة بملك الآجر»^(٤).

(١) راجع ص ٥٣٥ من البحث ، وكذلك فى حكم بيع المعدوم تبعا للموجود فى الثمار المتلاحقة كالمقائى ومنها الباذنجان ، والبطيخ ، والخيار ، والقرع ، ونحوها ، ص ٥٠٩ من البحث.

(٢) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٢.

(٣) شرح العناية ج ٥ ص ٤٩٢.

وفى موطن آخر «وقال شمس الأئمة السرخسى: والأصح أنه لا يجوز^(١) ... لأنه يمكنه أن يبيع الأصول على ما بينا ، أو يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد فى الباقي إلى وقت وجوده ، أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيع له الانتفاع بما يحدث منه فيحصل مقصودهما بهذه الطريق فلا ضرورة إلى تجويز العقد فى المعدوم لمصادمته النص»^(٢).

ويقول دأمار أفتدى «والمخلص: أن يشتري أصول الباذنجان والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث على ملكه. وفى الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ويستأجر مدة معلومة بعلم غاية الادراك وانقضاء الغراس فيها لباقي الثمر. وفى ثمار الأشجار يشتري الموجود ويحلل له البائع ما يوجد. فان خاف أن يرجع بفعل كما قال أبو الليث فى الاذن فى ترك الثمر على الشجر على أنه متى رجع عن الاذن كان مأذونا فى الترك باذن جديد فيحل له على مثل هذا الشرط»^(٣).

وعبارة الدر «قلت: والحيلة فى كون الحادث للمشتري أن يشتري أصول الباذنجان والبطيخ والخيار والقطن والرطبة ليكون الحادث على ملكه. وفى الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ويستأجر الأرض مدة معلومة يعلم فيها الادراك بباقي الثمن. وفى الأشجار الموجودة^(٤) ويحل له البائع ما يوجد فان خاف أن يرجع ينبغى أن يقول المشتري للبائع بعد مادفع الثمن: أخذت منك هذا الشجر معاملة^(٥) على أن يكون لك جزء من ألف

(٤) تبين الحقائق وحاشية الشلبي ج٤ ص ١٢.

(١) أي بيع المعدوم تبعاً للموجود.

(٢) وهو أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم. تبين الحقائق ج٤ ص ١٢ ، وانظر. شرح الكفاية على الهداية ج٥ ص ٤٩٠ ، الدر المتقى ج٢ ص ١٧.

(٣) مجمع الأنهر ج٢ ص ١٩ ، وهو نفس نص شرح فتح القدير السابق ذكره.

(٤) أي يشتري الثمرة الموجودة فى الأشجار ويحل له البائع ... الخ.

جزء ، ولي ألف جزء إلا جزء. ذكره الشمني وغيره^(١).

أقول: مما تقدم يتضح أن الحيل في هذا الصدد كالآتي:

١- أن يشتري مشتري الثمرة الأصول ليكون ما يحدث على ملكه ، ثم له إن شاء بعد قضاء حاجته بيع هذه الأصول للبائع كما في تبين الحقائق. وفي الشلبي ما يفيد أن شراء الأصول لا يكفي بل ويستأجر الأرض^(٢) بعد الشراء ، فان قدم الاجارة لا يجوز لأن الأرض تكون مشغولة بملك الآخر.

ويلاحظ أن البعض أطلق في الأصول. والأكثر على التقييد بأصول الزرع الذي يأتي بطونا متلاحقة كالباذنجان والبطيخ والرطوبة ، والخيار ، والقطن ، كما في الفتح وشرح الكفاية ، ومجمع الأنهر ، والدر المختار ، وغيرهم.

٢- في الزرع والحشيش أيضا يشتري الموجود ببعض الثمن ويستأجر الأرض مدة معلومة يعلم فيها غاية الادراك وانقضاء الغرض فيها بباقي الثمن.

٣- أن يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي إلى وقت وجوده هكذا قال الزيعلي في تبين الحقائق.

٤- في ثمار الأشجار أيضا: يشتري الموجود ويحل له البائع ما يوجد. فان خاف أن يرجع يفعل كما قال الفقيه أبو الليث في الاذن في ترك الثمر

(١) الدر المنتقى مع مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٩ ، وانظر. الدر المختار وحاشية ابن عايد ج ٤ ص ٤١ ، ٤٢.

(٢) وسيأتي في ابن عايد: أن استئجار الأرض إنما يكون بعد شراء أصول المقائي كالباذنجان ونحوه ، لا أصول الأشجار كالنخيل إلا ان تكون الأشجار على المساقاة ، أو يكون قد أخذ الأرض معاملة ، فلا يمنع صحة استئجار الأرض حينئذ.

على الشجر وهو: أن يأذن المشتري على أنه متى رجع عن الاذن كان ماذونا في الترك باذن جديد فيحله على مثل هذا الشرط. هكذا في الفتح ، وفي مجمع الأنهر ، وفي الدر المنتقى إلا أنه في الدر قال: فان خاف أن يرجع ينبغي أن يقول المشتري للبائع بعد مادفع الثمن: أخذت منك هذا الشجر معاملة على أن يكون لك جزء من ألف جزء ، ولي ألف جزء إلا جزء كما ذكره الشمني وغيره.

وجاءت عبارة الزيلعي عامة وبدون الخوف المذكور «أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيع له الانتفاع بما يحدث منه فيحصل مقصودهما بهذه الطريق فلا ضرورة إلى تجويز العقد في المعدوم».

هذا هو ما يمكن استخلاصه من النصوص المتقدمة. وقد تناول ابن عابدين هذه المخلصات بطريقة مرتبة تجعل تصورها أسهل وأيسر.

فعند قول الحصكفي «والحيلة^(١) أن يأخذ^(٢) الشجرة معاملة^(٣) على أن له جزءا من ألف جزء^(٤)». أو أن يشتري أصول الرطبة كالباذنجان

(١) قال ابن عابدين في قوله «والحيلة»: في أن يطيب للمشتري ما زاد في ذات المبيع ومالم يكن بارزا وقت العقد.

(٢) «قوله: أن يأخذ» أي المشتري.

(٣) «قوله: معاملة» أي مساقاة لمدة معلومة.

(٤) «قوله: على أن له ... الخ» أي للبائع. قال في شرحه على الملتقى وينبغي أن يقول المشتري للبائع بعد مادفع الثمن: أخذت منك هذا الشجر معاملة على أن لك جزءا من ألف جزء ، ولي ألف جزء إلا جزءا أي من الثمرة. ذكره الشمني. وفيه أن المشتري قد أخذ الثمر شراء فكيف يأخذه معاملة إلا أن يقال: انه دفع له الثمن على وجه التبرع ويكون الاعتبار على عقد المعاملة. أهـ.

قال ابن عابدين: قلت: الشراء إما وقع على البارز وقت العقد ، والمعاملة لأجل طيب مالم يبرز بعد ، وطيب مازاد في ذات البارز.

قال بعض الأفاضل في تقريراته: حاصله: أنه اشترى الثمر الذي تنهى بروزه ولم يتم صلاحه فالحيلة في إبقائها أخذ الأشجار مساقاة ، وفيه أن عقد المساقاة حينئذ يكون واردا على ماله مملوك له فيحتاج حينئذ لما أجاب به في شرح الملتقى في هذا دون مالم يتناه بروزه.

وأشجار البطيخ ، والخيار لكون الحادث للمشتري. وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن^(١) ويستأجر الأرض^(٢) مدة معلومة يعلم فيها الادراك بباقي الثمن. وفي الاشجار الموجودة^(٣)، ويحل له البائع ما يوجد ، فان خاف أن يرجع يقول: على أنى متى رجعت فى الاذن تكون مآذونا فى الترك^(٤)،^(٥).

قال ابن عابدين فى قوله «أو أن يشتري»: هذه حيلة ثانية وبيانها أن المشتري إما أن يكون مما يوجد شيئا فشيئا وقد وجد بعضه ، أو لم يوجد منه شيئا كالباذنجان والبطيخ والخيار.

أو يوجد كله لكنه لم يدرك كالزرع والحشيش.

(=) هذا وقد نبه ابن عابدين على أن هذه الحيلة تتأتى فى شجر غير الوقف واليتيم قال: نعم. هذه الحيلة إنما تتأتى إذا لم يكن الشجر وقفا أو ليتيم لعدم الحظ والمصلحة فى أخذ جزءا من ألف جزء والباقي للمشتري.

(١) «قوله: ببعض الثمن»: راجع للمسألتين. مسألة شراء الأصول ، ومسألة شراء الموجود من الزرع والحشيش ببعض الثمن.

(٢) قال ابن عابدين فى قوله «ويستأجر الأرض»: راجع للمسألتين أيضا. أ.هـ. فبكون استئجار الأرض بعد الشراء ، فى شراء الأصول ، وفى شراء الموجود ببعض الثمن كما سبق عن الشلبي. خلافا لمن ذكر الاستئجار فى الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ويستأجر الأرض مدة معلومة . والأصل أن الكلام فى أصول نحو المقائى كالباذنجان لا أصول الأشجار كالنخيل حيث لا يتأتى استئجار الأرض لبقاء الأشجار على ملك البائع وقيامها فى الأرض مانع من صحة استئجار الأرض. إلا أن يأخذها أولا معاملة لأنها تصير فى تصرفه ، أو تكون الأشجار على المساقاة فانها حينئذ لا تقع من صحة اجارة الأرض.

(٣) قال ابن عابدين فى قوله «وفى الأشجار الموجودة» أي وفى ثمار الأشجار يشتري الموجود منها.

(٤) قال ابن عابدين فى قوله «فى الترك»: المناسب فى الأكل لأن فرض المسألة أنه أحل له ما يوجد فى المستقبل ، والترك إنما يناسب الموجود إلا أن يدعى أن المراد ما يوجد من الزيادة فى ذات المبيع الموجود. أ.هـ. ككبر الثمرة ، وغلظ العود وطوله فى الزرع. انظر فى كل ما تقدم، حاشية ابن عابدين ج٢ ص ٤١ ، ٤٢.

(٥) الدر المختار للحصكفى بهامش ابن عابدين السابق.

أو يكون قد وجد بعضه دون بعض كثمر الأشجار المختلفة الأنواع^(١).

فالحيلة فى الأول: يشتري الأصول ببعض الثمن ويستأجر الأرض مدة معلومة بباقي الثمن لثلا يأمره البائع بالقلع قبل خروج الباقى أو قبل الادراك.

والحيلة فى الثانى: يشتري الموجود من الحشيش والزرع ويستأجر الأرض كما قلنا.

والحيلة فى الثالث: يشتري الموجود من الثمر بكل الثمن ويحل له البائع ماسيوجد لأن استئجار الأرض لايتأتى هنا لأن الأشجار باقية على ملك البائع وقيامها فى الأرض مانع من صحة استئجار الأرض إلا أن يأخذها أولا معاملة كما مرّ لأنها تصير فى تصرفه أو تكون الأشجار على المساقاة فانها حينئذ لاتمنع صحة إجارة الأرض كما يعلم من بابها.

قال ابن عابدين: ومسألة الاحلال تأتى فى الأول والثانى أيضا. أ.هـ^(٢).

أى أن إحلال البائع للمشتري مالم يكن موجودا وقت البيع يعم كل الحالات ، وهو الأصل فى تصحيح البيع.

ويعلق ابن عابدين على قول الحصكفى «فان خاف أن يرجع ... الخ»^(٣): قال فى جامع الفصولين:

أقول: كتبت فى لطائف الاشارات أنهم قالوا: لو قال: وكلتك بكذا

(١) حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤١.

(٢) المصدر السابق ص ٤٢.

(٣) راجع نص الدر المختار السابق ذكره.

على أنى كلما عزلت فأنت وكيلى صح. وقيل: لا. فإذا صح يبطل العزل عن المعلقة^(١) قبل وجود الشرط عند أبى يوسف ، وجوزه محمد فيقول فى عزله: رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة. أ.هـ. الرملى.

قال ابن عابدين: وحاصله: أنه على قول محمد يمكن الرجوع هنا^(٢) عن الاحلال بأن يقول: رجعت عن الاحلال المعلق وعن المنجز فيتعين حينئذ الاحتيال بالمعاملة على الأشجار كما مر^(٣).

المسألة السابعة: الاستثناء فى بيع الثمار ، والذروع مفردة:

الاستثناء: استخراج بعض مايتناوله الكلام فى حق الحكم^(٤) أو هو إخراج بعض ماشملة اللفظ^(٥)، والثنيا اسم من الاستثناء^(٦).

والثنيا فى البيع وردت بها أحاديث تفيد النهى عنها. منها ما هو عام فى النهى ، ومنها ما قيد النهى بالمجهول.

أما النهى العام فهو كما فى صحيح مسلم عن أبى الزبير ، وسعيد بن ميناء ، عن جابر بن عبد الله قال « نهى رسول الله - ﷺ - عن المحاقلة والمزابنة ، والمعاومة والمخابرة ، وعن الثنيا ورخص فى العرايا »^(٧).

(١) أى لأن المعلقة لا تتحقق إلا بوجود الشرط وهو العزل عن المنجرة فقبل وجود شرط المعلقة لا يصح العزل عنها. فنقوله: قبل وجود الشرط ، أى شرط المعلقة. تقريرات لبعض الأفاضل بهامش ابن عابدين السابق ص ٤٢.

(٢) أى فى مسئلتنا ، وهى أن يحل له البائع ما سيوجد.

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٢.

(٤) شرح الكفاية ج ٥ ص ٤٩٣.

(٥) الايضاح ج ٥ ص ٨٥ ، نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٤ ، سبل السلام ج ٢ ص ١٩ ، شرح مسلم للنوى ج ١٠ ص ١٩٥ ، المحلى لابن حزم ج ٧ ص ٣٤٩ مسألة ١٤٦١.

(٦) حاشية أبى ستة ج ٥ ص ١٥٣.

(٧) صحيح مسلم بشرح النوى ج ١٠ ص ١٩٥ البيهقي المنهى ، عنها سنن أبى داود ج ٣ ص ٢٥٩ حديث رقم « ٣٤٠٤ » باب فى المخابرة.

وأما النهى الخاص بالمجهول فهو أيضا عن جابر «أن النبي - ﷺ - نهى عن المعاقل والمزابنة ، والثنيا إلا أن تعلم . رواه النسائي والترمذي وصححه» (١) .

قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح ، غريب من هذا الوجه من حديث يونس بن عبيد عن عطاء عن جابر (٢) .

قال النووي في قوله «نهى عن الثنيا»: هي استثناء ، والمراد الاستثناء في البيع ، وفي رواية الترمذي وغيره بإسناد صحيح «نهى عن الثنيا إلا أن تعلم . والثنيا المبطل للبيع قوله: بعثك هذه الصبرة إلا بعضها ، وهذه الأشجار أو الأغنام أو الثياب ونحوها إلا بعضها فلا يصح البيع لأن المستثنى مجهول . أ.هـ» (٣) .

ويقول الشوكاني: الحديث أخرجه مسلم بلفظ «نهى عن الثنيا ، وأخرجه أيضا بزيادة «إلا أن تعلم» النسائي ، وابن حبان في صحيحه . وغلط ابن الجوزي فزعم أن هذا الحديث متفق عليه ، وليس الأمر كذلك فإن البخاري لم يذكر في كتابه الثنيا (٤) .

قال الشوكاني «والثنيا بضم المثناة وسكون النون المراد بها الاستثناء

(١) سنن الترمذي ج ٢ ص ٤٥ باب «٥٥» ما جاء في النهى عن الثنيا - كتاب البيوع - منتقى الأخبار ج ٦ ص ٢٣٤ باب النهى عن الاستثناء في البيع إلا أن يكون معلوما . بلوغ المرام ج ٢ ص ١٩ ، سنن النسائي ج ٧ ص ٣٧ ، ٣٨ ، سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٠٤ ، مسند أحمد ج ٢ ص ٣١٣ ، سنن أبي داود ج ٢ ص ٢٥٩ حديث رقم «٣٤٠٥» باب في المخابرة .

(٢) سنن الترمذي السابق . وانظر . المغني ج ٤ ص ٢٣١ ، والشرح ج ٤ ص ٣٤ ، وشرح الزركشي ج ٢ ص ٥١٦ ، وأخرجه ابن حزم في المحلى ج ٧ ص ٣٤٩ مسئلة ١٤٦١ .

(٣) شرح مسلم ج ١٠ ص ١٩٥ .

(٤) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٤ ، أقول: وكذا في المغني والشرح فإن فيهما «رواه البخاري» المغني ج ٤ ص ٢٣١ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٣٤ .

فى البيع نحو أن يبيع الرجل شيئا ويستثنى بعضه^(١).

ويقول الصنعانى «الشيء منهى عنها إلا أن تعلم ، وصورة ذلك أن يبيع شيئا ويستثنى بعضه».

ويقول فى علة النهى «هذا الوجه فى النهى عن الشيء هو الجهالة ، وما كان معلوما فقد انتفت العلة فخرج عن حكم النهى ، وقد نبه النص عن العلة بقوله: إلا أن تعلم»^(٢).

ويقول الشوكانى «والحكمة فى النهى عن استثناء المجهول ما يتضمنه من القدر مع الجهالة»^(٣).

هكذا نرى الاتفاق على جواز الاستثناء فى البيع إذا كان الاستثناء معلوما ، وعدم جوازه إذا كان مجهولا وإن كانت وجهات النظر تختلف فى المعلوم والمجهول منه كما هو الحال بين الجمهور ، والمالكية وسيأتى.

وقد روى عن جابر بن زيد المنع من الاستثناء ، ورده ابن حزم.

يقول ابن حزم «وقد روينا المنع من الاستثناء جملة كما روينا من طريق ابن أبى شيبه ... عن ابن أبى الجارود قال: سألت جابر بن زيد عمن باع شيئا واستثنى بعضا؟ قال: لا يصلح ذلك.

قال أبو محمد: إن كان عنى مجهولا فصحيح ، وإن كان عنى جملة الاستثناء فخطأ ، لأن رسول الله - ﷺ - أباح الشيء إذا علمت ، ولا حاجة فى أحد معه عليه السلام»^(٤).

(١) نيل الأوطار السابق.

(٢) سبل السلام ج ٣ ص ١٩.

(٣) نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٤.

(٤) المحلى ج ٧ ص ٣٥١ مسألة ١٤٦١.

أقول: والذي أميل إليه أن جابرا عنى المجهول من الاستثناء ، إذ هو إمام مذهب الاباضية كما يزعمون ، ومذهب الاباضية كما سيأتى جواز المعلوم دون المجهول.

هذا وقد فسر البعض بيع السنين والمعاومة بالثنيا. وهذا يعنى عدم صحة الاستثناء. لكن هذا التفسير رده ابن حزم لأنه من كلام الرواة.

يقول ابن حزم: فان قيل: قد رويتم من طريق حماد بن زيد ... عن جابر بن عبد الله قال «نهى رسول الله - ﷺ - عن المزانة والمعاولة والمخابرة»، قال أحدهما «بيع السنين ، وهي المعاومة وهي الثنيا»^(١).

ثم أحاب ابن حزم بقوله «قلنا: هذا تفسير لا تقوم به حجة لأنه من كلام أبى الزبير ورأيه ، أو كلام سعيد بن ميناء ورأيه ، ولا حجة فى كلام أحد دون رسول الله - ﷺ -».

والثنيا: لفظة معروفة عربية. قال تعالى: ﴿كَمَا بَلَّوْنَا أَصْحَابَ الْجَنَّةِ إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرُنَّ مِنْهَا مُصْبِحِينَ وَلَا يَسْتَنْوْنَ﴾^(٢).

وإنما الثنيا استثناء شئ من شئ فقط. ومن المحال الباطل المتيقن: أن يكون للثنيا معنى غير هذا فنهانا عنها رسول الله - ﷺ - ، ثم لا يبينها علينا ، حاشى الله من هذا ...»^(٣).

(١) والحديث بهذا اللفظ فى صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ١٩٥ لكن ليس فيه «وهى الثنيا» وإنما الذى فيه «قال أحدهما: بيع السنين هى المعاومة» وبعدها «وعن الثنيا ورخص فى العرايا» فلم تأت الثنيا تفسيراً لبيع السنين ، وإنما جاءت من البيوع المنهى عنها.. وهكذا فى سنن أبى داود ج ٣ ص ٢٥٩ باب فى المخابرة حديث رقم ٣٤٠٤.

(٢) سورة القلم الآية: ١٧ ، ١٨.

(٣) المحلى ج ٧ ص ٣٤٩ مسألة ١٤٦١.

القاعدة فى الاستثناء:

وضع الجمهور قاعدة لضبط هذا الباب بوجه عام. وهي كما يقول ابننا قدامة «وضابط هذا الباب أنه لا يصح استثناء ما لا يصح بيعه مفردا ، أو بيع ماعده مفردا عن المستثنى. ونحو هذا مذهب أبى حنيفة والشافعى»^(١).

فالحنفية ، والشافعية ، والحنابلة يأخذون بهذا الضابط ، وإن كان عليها بعض الاستثناءات^(٢).

ونص القاعدة عند الحنفية كما فى الدر المختار «ما جاز إيراد العقد عليه بانفراد صح استثناءه منه إلا الوصية بالخدمة يصح افرادها دون استثناءها»^(٣) أشباه. ثم فرع على هذه القاعدة بقوله: فصح استثناء قفيز من صبره ، وشاة معينة من قطع ، وأرطال معلومة من بيع ثمر نخلة لصحة إيراد العقد عليها ولو الثمر على رؤوس النخل على الظاهر»^(٤).

وفى الدر المنتقى «والضابط أن كل ما جاز إيراد العقد عليه بافراده جاز استثناءه ، وما لا فلا. فيجوز استثناء قفيز من صبرة وشاة معينة من قطع ، وثمر شجر معين من بستان كما يجوز إيراد العقد عليها ، لا استثناء

(١) المغنى ج٤ ص ٢٣٢ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٣٥ ، وانظر. الروض المربع وحاشية العنقري ج٢ ص ٤١ ، ٤٢ ، والأشباه للسيوطى فى فروع فقه الشافعية ص ٣٧٨ ، ٣٧٩.

(٢) استثنى الحنابلة من القاعدة سواقط الشاة وجلدها ، وكذا الحمل «إلا أن أصحابنا استثنوا من هذا سواقط الشاة وجلدها للأثر الوارد فيه ، والحمل على رواية الجواز لفعل ابن عمر، وماعدا هذا فيبقى على الأصل» مصادر الحنابلة السابقة.

(٣) الوصية بالخدمة يصح افرادها بأن يوصى بها وحدها بدون الرقبة. ولا يصح استثناءها بأن يوصى له بعبد دون خدمته ، وقيد بالخدمة لأن الحمل يصح استثناءه فى الوصية حتى يكون الحمل ميراثا ، والجارية وصية. والفرق أن الوصية أخت الميراث ، والميراث يجرى فيما فى البطن بخلاف الخدمة ، والغلة كالخدمة. بحر من البيع الفاسد. حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤٢.

(٤) الدر المختار بهامش ابن عابدين السابق.

أطراف الحيوان ، وشاة غير معينة كما لايجوز ايراد العقد عليها»^(١).

قال ابن عابدين «هذه قاعدة مذكورة فى عامة المعتبرات مفرع عليها مسائل منها ما ذكر هنا»^(٢). منح»^(٣).

أقول: هذا ما أردت ايضاحه قبل الدخول فى بيان موقف الفقهاء من الاستثناء فى مسئلتنا لكونها مفرعة على ماتقدم من جهة المعلوم ، والمجهول ، وما يصح استثناءه وما لا يصح.

أما بخصوص مسئلتنا فان للفقهاء وفاقا ، وخلافا ، نعرضه فى الصور الآتية:

الصورة الاولى: بيع ثمار بستان معين واستثناء أشجار معينة منه:

أقول: هنا نجد أن المستثنى منه معين ، وكذلك المستثنى.

وقد حكى ابن رشد الاجماع على الجواز. يقول «وأجمعوا من هذا الباب على جواز بيع الرجل ثمر حائطه واستثناء نخلات معينات منه. قياسا على جواز شرائها»^(٤).

وحكاة الماوردي اتفاقا حيث يقول فى أحد نوعي الاستثناء المعلوم ، وهو المحوز^(٥) «فالمحوز: أن يقول: بعثك ثمرة هذا الحائط إلا ثمرة هذه

(١) الدر المنتقى ج٢ ص ١٩ ، وانظر نفس القاعدة فى مجمع الأنهر ج٢ ص ١٩ ، ٢٠ ، الهداية وشرح فتح القدير وشرح العناية وشرح الكفاية ج٥ ص ٤٩٣ ، والاختيار ج٢ ص ٧ تبين الحقائق ج٤ ص ١٢.

(٢) أي فى بيع الثمار والزروع مفردة . وهو مجال بحثنا.

(٣) حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤٢.

(٤) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٤٨.

(٥) يقسم الماوردي الاستثناء ، ومابقى من البيع بعده إلى أربعة أقسام.

حيث يقول: وجملة الاستثناء أنه لا يخلو حاله وحال مابقى من البيع بعده من أربعة أقسام رئيسية.

النخلات العابرة بعينها فهذا بيع جائز باتفاق العلماء»^(١).

ومن حكاها اتفاقا للعلماء أيضا النووي^(٢) والشوكاني^(٣) والصنعاني^(٤)، وحكى فيه عدم الخلاف ابنا قدامة ، والزركشى ، والباجى .
ففى المغنى والشرح «إذا استثنى نخلة أو شجرة بعينها جاز ، ولا نعلم فى ذلك خلافا»^(٥) وفى شرح الزركشى «لاتزاع فيما نعلمه فى جواز الثنيا إذا كانت معلومة ولم تعد على المستثنى بجهالة. كما إذا باع حائطا واستثنى منه نخلة بعينها أو نخلات كذلك ونحو ذلك»^(٦).

وفى المنتقى تعليقا على قول الامام مالك فى الموطأ^(٧) يقول الباجى «استثناء الرجل من حائطه فى البيع عدد نخلات يكون على ثلاثة أوجه» ثم يذكر الوجه الذى معنا فيقول "أحدها: أن يعينها وذلك لاختلاف فى جوازه

(=) أحدها: أن يكون الاستثناء معلوما ، والمبيع بعده معلوما وهذا على ضربين: مشاع ، ومحوز

والقسم الثانى: أن يكون الاستثناء مجهولا ، والمبيع بعده مجهولا ، وهو ضربان: مشاع .. ومحوز

والقسم الثالث: أن يكون الاستثناء معلوما ، والمبيع بعده مجهولا

والقسم الرابع: أن يكون الاستثناء مجهولا ، والمبيع بعده معلوما

ثم بين حكم كل قسم فى مذهبه ، وفى بعضها يذكره مقارنا ببعض المذاهب. الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٤١ : ٢٤٣ .

(١) الحاوى السابق ص ٢٤١ .

(٢) شرح مسلم ج ١٠ ص ١٩٥ .

(٣) نيل الأوطار ج٦ ص ٢٣٤ .

(٤) سبل السلام ج٢ ص ١٩ .

(٥) المغنى ج٤ ص ٢٣١ ، والشرح الكبير ج٢ ص ٣٤ .

(٦) شرح الزركشى ج٢ ص ٥١٦ .

(٧) «قال مالك: فأما الرجل يبيع ثمر حائطه ويستثنى من ثمر حائطه ثمر نخلة أو نخلات يختارها ويسمى عددها فلا أرى بذلك بأسا لأن رب الحائط إنما استثنى شيئا من ثمر حائط نفسه ، وإنما ذلك شئ احتبس من حائطه وأمسكه لم يبعه ، وباع من حائطه ماسوى ذلك» الموطأ مع المنتقى ج٤ ص ٢٣٨ .

لأنه أوقع البيع على سائرهما وهو معين»^(١).

وحجة الجواز في هذه الصورة:

استدل له بحديث جابر بن عبد الله المتقدم والذي فيه «إلا أن تعلم»^(٢) قال الزركشى «وهذه الثنيا معلومة فصحت بمقتضى الحديث»^(٣) وكما يقول الحنفية «لأن الباقي معلوم بالمشاهدة كم هي نخلة»^(٤).

وكما يقول ابننا قدامة «وذلك لأن المستثنى معلوم ولا يؤدي إلى جهالة المستثنى منه»^(٥). واستدل الشافعى أيضا بما روى بسنده عن ابن حريج أنه قال: قلت لعطاء «أبيعك نخلى إلا عشر نخلات أختارهن. قال: لا. إلا أن تستثنى أيتهن هي قبل البيع، تقول: هذه، وهذه»، قال الشافعى رحمه

(١) المنتقى السابق.

وانظر للحنفية: الهداية وشرح فتح القدير، وشرح العناية ج٥ ص ٤٩٢، تبين الحقائق ج٤ ص ١٢.

وللمالكية: بداية المجتهد، والمنتقى السابقين.

وللشافعية: الحاوى الكبير، وشرح مسلم للنووى السابقين، وانظر لهم الأم ج٣ ص ٦٠ مجلد ٢ باب الثنيا، ص ٨٥ باب بيع الأجال، تنمة الاهانة ج٤ ورقة ١٦٥، حلية العلماء ج٢ ص ٥٥٢.

وللحنابلة: المغنى والشرح الكبير وشرح الزركشى السابق ذكرهم.

وللاباضية: «والمعلوم جائز الاستثناء كبيع بستان معين إلا شجرة معينة أو إلا شجرتين معينتين أو إلا أشجار معينة» شرح النيل ج٨ ص ١٥٢، وانظر الايضاح ج٥ ص ٨٢.

وللظاهرية: المحلى ج٧ ص ٣٤٦ مسألة ١٤٦١ «ولا يحل بيع نخل من أصولها، أو ثمرتها على أن يستثنى منها نخلة بغير عينها لكن يختارها المشتري، هذا كله حرام مفسوخ أبدا محكوم فيما قبض منه كله بحكم الغصب» وفى ص ٣٤٩ «أن الاستثناء لا يحل إلا معلوما من معلوم».

(٢) سبق تخريجه، ص ٦٨٨.

(٣) شرح الزركشى ج٣ ص ٥١٦.

(٤) الهداية وشرح العناية وشرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩٢، تبين الحقائق ج٤ ص ١٢.

(٥) المغنى ج٤ ص ٢٣١، والشرح الكبير ج٤ ص ٣٤.

الله « ما قال عطاء من هذا كله كما قال إن شاء الله ، وهو فى معنى السنة والاجماع ، والقياس عليهما أو على أحدهما ... »^(١).

واستدل ابن رشد بالقياس على الشراء. يقول « ... قياسا على جواز شرائها »^(٢). وكأنه أوقع البيع ابتداء على مالم يستثنى. يقول الزركشى معللا « ... ولأن مثال ذلك إذا كان فى الحائط مائة نخلة مثلا واستثنى نخلة منه فقال: بعتك تسعا وتسعين »^(٣) وعبرة الشافعى فى الأم « وإن باعه الحائط إلا نخلات يشير إليهن فانما وقعت الصفقة على مالم يستثنى فكان الحائط فيه مائة نخلة استثنى منهن عشر نخلات ، فانما وقعت الصفقة على تسعين بأعيانهن »^(٤).

الصورة الثانية: استثناء عدة أشجار يعينها المشتري بعد البيع :

أقول: حكى ابن رشد الاتفاق على عدم الجواز فى هذه الصورة. قال « واتفقوا على أنه لا يجوز أن يستثنى من حائط له عدة نخلات غير معينات إلا بتعيين المشتري لها بعد البيع لأنه بيع مالم يره المتبايعان »^(٥).

وحجة عدم الجواز كما هو ظاهر من النص: أنه بيع مالم يره المتبايعان حيث أن المبيع والمستثنى مجهولان وقت البيع.

الصورة الثالثة: استثناء ثمار شجرة غير معينة :

مثال هذه الصورة أن يقول مثلا: بعتك ثمرة هذا الحائط إلا ثمرة عشر نخلات منها ولم يعينها ، والفقهاء مختلفون فى حكم هذه الصورة على

(١) الأم ج٣ ص ٦٠ مجلد ٢ باب الثنيا.

(٢) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٤٨ ، وقد سبق نصه كاملا أول الصورة.

(٣) شرح الزركشى ج٣ ص ٥١٦ ، وانظر. المتقى للهاجى ج٤ ص ٢٣٨.

(٤) الأم ج٣ ص ٦٠ مجلد ٢ باب الثنيا.

(٥) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٤٨.

قولين اجمالا ، وثلاثة تفصيلا .

القول الأول: لا يصح الاستثناء . وبه قال الجمهور . الحنفية (١)
والشافعية (٢) والحنابلة بلا إشكال (٣) وابن حزم الظاهري (٤) والاباضية (٥)

- (١) فالضابط عندهم: أن كل ما جاز إيراد العقد عليه بانفراده جاز استثناءه ، وما لا فلا .
فيجوز استثناء قفيز من صبرة وشاة معينة من قطيع ، وثمر شجر معين من بستان كما
يجوز إيراد العقد عليها . لا استثناء أطراف الحيوان ، وشاة غير معينة كما لا يجوز إيراد
العقد عليها . الدر المنتقى ومجمع الأنهر ج٢ ص ١٩ ، ٢٠ . وقد مر الكلام من هذا
الضابط وعليه فاستثناء شجرة غير معينة لا يصح كما لا يصح بيعها .
- (٢) يقول المادوري « القسم الثاني: أن يكون الاستثناء مجهولا ، والبيع بعده مجهولا ، وهو
ضربان: مشاريع ، ومحوز ... وأما المحوز: فهو أن تقول: بعثك هذه الثمرة إلا عشر
نخلات منها لا بعينها وهذا بيع باطل » الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٤٢ ، ويقول الشاشي
« فإن قال: بعثك ثمرة هذا الحائط إلا ثمرة عشرة نخلات منها ولم يعينها لم يصح » حلية
العلماء ج٢ ص ٥٥٢ ، ويقول النووي « والثنيا المبطل للبيع قوله: بعثك هذه الصبرة إلا
بعضها ، وهذه الأشجار أو الأغنام أو الثياب ونحوها إلا بعضها فلا يصح البيع لأن
المستثنى مجهول » شرح مسلم ج١٠ ص ١٩٥ ، ويقول الشافعي في الأم « ... ومن هذا
أن يبيعه الحائط فبيستثنى منه نخلة أو أكثر لا يسميها بعينها فيكون الخيار في
استثنائها إليه فلا خير فيه . لأن لها حظا من الحائط لا يدري كما هو ، وهكذا الجزاف
كله » الأم ج٣ ص ٨٥ مجلد / ٢ باب بيع الآجال . وفي موطن آخر « وهكذا إذا استثنى
عليه نخلات يختارهن ، أو يتشردهن ، فقد يكون في الخيار ، والشرار النخل بعينه
أكثر ثمننا من بعض وخيرا منه بكثيره الحمل ، وجودة الثمر ، فلا يجوز أن يستثنى من
الحائط نخلا لا بعدد ، ولا كيل بحال ، ولا جزأ إلا جزأ معلوما ، ولا نخلا إلا نخلا
معلوما » الأم السابق ص ٦٠ مجلد / ٢ باب الثنيا .
- (٣) « وإن استثنى شجرة غير معينة لم يجز » المغني ج٤ ص ٢٣١ والشرح الكبير ج٤ ص
٣٤ ، ويقول الزركشي « ولا إشكال أيضا في منع الثنيا إذا كانت مجهولة كما لو باع
حائطا وقال: إلا نخلة أو إلا جزأ من الثمرة ونحو ذلك » شرح الزركشي ج٣ ص ٥١٧ .
- (٤) يقول « ولا يحل بيع نخل من أصولها ، أو ثمرتها على أن يستثنى منها نخلة بغير عينها
لكن بخشارها المشتري ، هذا كله حرام مفسوخ أبدا محكوم فيما قبض منه كله بحكم
القصب » المحلى ج٧ ص ٣٤٦ مسألة ١٤٦١ ، والقاعدة عند ابن حزم « أن الاستثناء
لا يحل إلا معلوما من معلوم » المحلى السابق ص ٣٤٩ نفس المسألة .
- (٥) يقول الشماخي في تقسيمة للاستثناء: إما أن يكون شائعا أو معينا ، والمعين ينقسم
قسمين ظاهر ، وغير ظاهر ، والظاهر ينقسم قسمين معلوما أو مجهولا . ثم يذكر حكم
المجهول فيقول « فالمجهول لا يجوز » ثم يذكر من الأمثلة « وكذلك أن باع له هذا النخل (=)

والشوكاني^(١). وابن القاسم من المالكية^(٢).

القول الثاني: يجوز استثناء أشجار غير معينة يختارها البائع بعد البيع وبه قال الامام مالك وجمهور مذهبه. قالوا: وهو ما أجاب به الامام مالك بعد توقفه فيها أربعين ليلة. والجواز إنما هو في استثناء اليسير

(=) إلا نخلة واحدة منها ، وهذه الزياتين إلا زيتونة منها وهي غير معلومة فلا يجوز البيع أيضا كما ذكرنا ، الايضاح وحاشية أبي ستة ج ٥ ص ٨٢ ويقول أطفيش بعد ذكره نحو هذا التقسيم «والظاهر إما أن يكون معلوما أو مجهولا ، والمجهول من الظاهر ممنوع ... مثل أن يقول: بعت لك ثمر هذه النخلة المدركة إلا عرجونا للمسجد أو للصدقة يوم الجمعة ولم يعينه من حينه فهو باطل ولو عينه حين البيع جاز ... أو أن يبيع نخلا أو زيتونا أو نحوهما إلا شجرة واحدة مبهمة أو اثنتين أو أكثر باههام ... والمعلوم من الظاهر جائز الاستثناء كبيع بستان معين إلا شجرة معينة أو إلا شجرتين معينتين أو إلا أشجارا معينة ... ومنه أي من الظاهر تمتع الاستثناء كبيع الشجرة إلا غصنا غير معين منها كما منع بيع الفصن غير معين من الشجرة اتفاقا ، وإن عين الفصن منها وحده جاز بيعه وجاز استثناءه فيقطعه» شرح النيل ج ٨ ص ١٥٢ ، ١٥٣ ، ولاحظ في ص ١٥٤ عبارة الديوان وتعليق أطفيش عليها. والمراد بغير الظاهر: ما لا يرى كبيع الشاة إلا حملها أو بيض إلا محها ، أو تمر إلا نواها. وهل يجوز استثناءه ، ويصح قولان عند الاباضية شرح النيل السابق ص ١٥٥ وما بعدها. والايضاح السابق ص ٨٤.

(١) «فإن كان الذي استثناء مجهولا نحو أن يستثنى شيئا غير معلوم لم يصح البيع» نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٤ ، وفي سبل السلام ج ٣ ص ١٩ في حكايته «قالوا: لو قال إلا بعضها فلا يصح لأن الاستثناء مجهول» وقال الصنعاني في شرحه للحديث: هذا الوجه في النهي عن الثنيا هو الجهالة ، أما ما كان معلوما فقد انتفت العلة فيخرج عن حكم النهي ، وقد نبه النص عن العلة لقوله: إلا أن تعلم. سبل السلام السابق.

(٢) يقول ابن رشد في حكايته للخلاف بين الجمهور ومالك ، وبين مالك وابن القاسم في هذه الصورة «بيع الحائط واشتتنا. نخلات بعد البيع ونحوه. واختلفوا في الرجل الذي يبيع الحائط ويستثنى منه عدة نخلات بعد البيع. فمنعه الجمهور لمكان الاختلاف في صفة النخل. وروى عن مالك إجازته ، ومنع ابن القاسم قوله في النخلات ، وأجازه في استثناء الفقم» بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٤٨.

وفي المنتقى ج ٤ ص ٢٣٨ «وإن كان البائع شرط اختيار ما استثنى منها فإن كان استثنى الكثير لم يجز ذلك ، وإن كان استثنى اليسير جاز ذلك عند مالك ، ومنع منه ابن القاسم».

وذكر ابن حزم أن ابن القاسم قال بجوازه إن وقع لقول مالك «وكرهه ابن القاسم في النخل، قال: فإن وقع أجرته لقول مالك؟» المحلى ج ٧ ص ٣٤٧ مسألة ١٤٦١.

دون الكثير كما هي عبارة المنتقى ، وفي مختصر خليل وشروحه تقييد
اليسير بما لا يزيد عن خمس من البستان. وفي جميع الأحوال يشترط أن
يكون الثمر المستثنى قدر ثلث الثمر كيلا فيما اذا استثنى الثمرة ، وكذا
لو استثنى النخل بثمره لاهد أن يكون ثمره قدر الثلث سواء زاد المستثنى
على خمس أو نقص خلافا لظاهر ما في التوضيح من أنه لاهد من اعتبار
العدد المذكور فما دون. هكذا في الحرشي. وفي الشرح الكبير: المعتمد قدر
الثلث كيلا أو أقل ولا ينظر لعدد النخل ولا لقيمته. وفي الدسوقي: أي
سواء عدد المستثنى منه على خمس نخلات أو نقص أو كان قدرها. ولا يقال:
أنه لاهد من كون خمس نخلات. ولا يقال: إن عدد النخل المستثنى أو قيمته
لاهد أن يكون ثلث عدد نخل البستان أو ثلث قيمة نخله.

وذكر الحرشي أن مقدار الثلث المذكور إنما هو كما تقدم فيما إذا
استثنى البائع خمسا من جنانه على أن يختارها منه أما لو استثنى خمسا
على اللزوم أي الشيوخ فانه يجوز ولو زاد المستثنى عن الثلث^(١).

(١) أنظر نص بداية المجتهد ، ونص المنتقى السابق ، وفي شرح الحرشي «البائع يستثنى
خمسا من جنانه المبيع فانه جائز ... ولاهد أن يكون المستثنى قدر الثلث أي قدر ثلث
الثمرة كيلا فيما اذا استثنى الثمرة وكذا لو استثنى النخل بثمره لاهد أن يكون ثمره قدر
الثلث سواء زاد المستثنى على خمس أو نقص خلافا لظاهر ما في التوضيح من أنه لاهد
من اعتبار العدد المذكور فما دون. والمستثنى هنا الثمرة مع الأصول لأن الكلام في
الطعام مع غيره وحيثئذ ينتفى التكرار مع قوله سابقا: وصبرة وثمره واستثناء قدر ثلث
لأن المبيع هناك الثمرة فقط وكلام المؤلف فيما اذا استثنى البائع خمسا من جنانه على أن
يختارها منه. أما لو استثنى خمسا على اللزوم فانه يجوز ، ولو زاد المستثنى على
الثلث». ومعنى على اللزوم قال فيه العدوى «الأولى: الشيوخ». شرح الحرشي وحاشية
العدوى ج ٥ ص ٧٤ مجلد ٢.

أقول: «قوله سابقا: وصبرة وثمره ... الخ» يعني به استثناء مكيلة كصاع أو مد ونحو
ذلك وستأتي. وفي جواهر الاكلیل ج ٢ ص ٢٣: «لبائع» بستانه المشر بثمان معلوم حال
أو مؤجل «يستثنى خمسا» من النخلات المشر «من جنانه» الذي باعه على شرط أن
يختارها منه فيجوز كما أجاب به الامام مالك رضى الله عنه بعد توقفه فيها أربعين ليلة
... ولاهد أن يكون ثمر الخمس قدر ثلث الثمر كيلا» وفي الشرح الكبير ج ٣ ص ٥٩
«إلا لبائع يستثنى خمسا من جنانه» المشر المبيع على أن يختارها منه فيجوز ... (=)

ومن أوجه الاستثناء الجائز عند المالكية في الرجل يبيع ثمر حائطه ويستثنى من ثمر حائطه ثمر نخلة أو نخلات. ما ذكره الباجي بقوله: أن يطلق القول فيقول: أبيع منه هذا الحائط غير أربع نخلات أو خمس فهذا البيع جائز لأن له وجهها في الصحة ومخرجا يتوجه إليه وذلك أن يكون شريكا بما استثناه من العدد في عدد جميع الحائط فإن كان استثنى خمسة والحائط خمسون كان له عشر الثمر مشاعا ، وإن كان الحائط أربعين كان له ثمن الثمر ، وعلى هذا الحساب يكون شريكا^(١).

(=) ولا بد أن يكون ثمر المستثنى قدر ثلث الثمر كيلا أو أقل ، ولا ينظر لعدد النخل ولا لقيمته على المعتمد.

قال الدسوقي «قوله: يستثنى خمسا ... الخ» أي بأن يقول أبيعك هذا البستان المثمر بمائة إلا خمس نخلات أختارها منه وأعينها على حدة فالمستثنى هنا الثمرة مع الأصول لأن الكلام هنا في الطعام مع غيره.

«قوله: ثمر المستثنى» أي ثمر النخل المستثنى «قوله: قدر ثلث الثمر» أي الذي في البستان «قوله: أو أقل» أي سواء زاد عدد المستثنى منه على خمس نخلات أو نقص أو كان قدرها. «قوله: ولا ينظر لعدد النخل» أي المستثنى فلا يقال: أنه لا بد من كونه خمس نخلات ، ولا يقال أن عدد النخل المستثنى أو قيمته لا بد أن يكون ثلث عدد نخل البستان أو ثلث قيمة نخله. الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٥٩.

ومذهب المالكية نقله الماوردي في الحاوي الكبير ج ٦ ص ٢٤٢ ، وكذلك الشاشي في حلية العلماء ونص الحلية «فإن قال بعتك ثمرة هذا الحائط إلا ثمرة عشر نخلات منها ولم يعينها لم يصح. وقال مالك: إن كان قدر ثلث الثمرة فما دون جاز البيع وكان له عشرة نخلات وسطه» حلية العلماء ج ٢ ص ٥٥٢.

وحكاه أيضا ابن حزم في المحلى ج ٧ ص ٣٤٧ مسألة ١٤٦١ وفيه «وأجاز مالك بيع مائة نخلة يستثنى منها عشر نخلات بغير عينها وكذلك من الغنم. ومنع من ذلك في الكثير ... وأجاز للبائع أن يبيع ثمر حائطه ويستثنى منه ثمر أربع نخلات بغير عينها لكن يختارها البائع -أجاز هذا بعد توقف فيه أربعين ليلة وأجاز ذلك في الغنم- وكرهه ابن القاسم في النخل. قال: فإن وقع أجرته لقول مالك؟».

وحكاه ابن قدامة «وقال مالك: يصح بيع ثمرة حائطه ويستثنى ثمر نخلات بعدها» المغنى ج ٤ ص ٢٣٢ ، والشرح ج ٤ ص ٣٥.

(١) المنتقى ج ٤ ص ٢٣٨ ، وفي حاشية أبي ستة الإلهام ج ٥ ص ٨٢ «أجاز مالك مثل هذا ، وجعله شريكا فيما استثنى» وللمالكية أيضا إن كان المبيع مما يجوز فيه التفاضل واشترط البائع اختيار عدد كثير منه لم يجز ، وإن اشترط اختيار يسير منه جاز. وجه ذلك أنه إذا اشترط الكثير ذهب بمعظم الجملة فدخل كثير الغرر فيما بقى منها أو (=)

القول الثالث: يجوز استثناء مجهول العين إذا ضرب لاختياره مدة معلومة وبه قالت الهادوية^(١).

الأدلة:

دليل القول الأول: استدل الجمهور على عدم صحة استثناء ثمرة شجرة غير معينة أو جزءا من الثمر غير معين ونحو ذلك بالآتي:

(=) الجهل بصفتها وتفاوت التفجير فيها فعاد ذلك بفساد العقد ، وإن اشترط البشير منها بقی معظم الجملة فقل الفرر فيها وتفاوت أمرها .
وجوز من المبتاع الانتفاع على اختيار الكثير والقليل . والفرق بينهما أن مابقى للبائع بعد اختيار المبتاع ليس بمبيع فلا يؤثر فيه الجهل بصفة ولا كثير الفرر ، ومابقى للمبتاع بعد اختيار البائع هو المبيع ففسد البيع بكثير الفرر وجهل الصفة . المنتقى ج٤ ص ٢٣٨ .

هذا وقد منع المالكية بيع شجرة مثمرة غير معينة بثمن معلوم حال أو مزجل على اللزوم أي الشبرج يختارها المشتري من نخلات مشمرات وفي الحرشي: أو غير مشمرات ومبنى المنع أن من خير بين شيتين بعد منتقلا فإذا اختاروا حدة بقدر أنه اختار قبلها غيرها وانتقل عنها إلى هذه فيؤدى إلى بيع طعام وعرض بطعام وعرض وفيه ربا فضل معنوى . أي فيؤدى إلى التفاضل بين الطعامين إن كانا ربهين أو أحدهما . لأن المنتقل إليه يحتمل أن يكون أقل من المنتقل عنه أو أكثر أو مساويا ، والشك فى التماثل كتحقق التفاضل . شرح الحرشي وحاشية العدوي ج٥ ص ٧٤ مجلد / ٣ . جواهر الاكلیل ج٢ ص ٢٣ . الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج٣ ص ٥٩ . المنتقى ج٤ ص ٢٥٣ ، ٢٥٤ . وانظر مذهب مالك فى هذا فى المحلى لابن حزم ج٧ ص ٣٤٧ مسألة ١٤٦١ .

وفى موطن جواز الاستثناء ، وهو استثناء خسا من البستان المبيع إذا هلك المبيع كانت مصيبة كل واحد عليه إن لم يكن الاختيار من البائع فإن كان باختياره كان الضمان عليه يقول الحرشي «ولو هلك المبيع فى هذه كانت مصيبة حصّة البائع منه . ومصيبة حصّة المشتري منه سواء بقی منه قدر ما استثنى أو أكثر أو أقل ، ويكون بينهما على حسب مالكل . وأما لو استثنى خسا على أن يختارها منه فعلى البائع الضمان» .

قال العدوي: أي ضمان المبيع كله ويفسخ البيع . ولعل وجه الضمان أنه لم يتعين للمشتري شين فهو يشبه ما فيه حق توفيه . والظاهر أنه إن لم يبق من النخل إلا قدر ما استثنى البائع أن تكون كلها للبائع المستثنى . شرح الحرشي وحاشية العدوي ج٥ ص ٧٤ مجلد / ٢ .

(١) نيل الأوطار ج٦ ص ٢٣٤ .

١- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١).

قال ابن حزم: فحرم الله تعالى أخذ المرء مال غيره بغير تراض منهما وسماء باطلا. وبضرورة الحس يدري كل أحد أن التراضي لا يكون البتة إلا في معلوم متميز^(٢).

٢- قال ابن حزم: وبرهان آخر - وهو نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع الغرر^(٣) ولا غرر أكثر من أن لا يدري البائع أي شيء هو الذي باع ، ولا يدري المشتري أي شيء اشترى ، وهذا حرام بلا شك^(٤).

٣- حديث النهي عن الثنيا إلا أن تعلم^(٥) يقول ابن حزم « قال أبو محمد: برهان صحة قولنا ههنا هي البراهين التي أوردنا في المسألة التي قبلها سواء سواء^(٦). وها هنا برهان زائد: وهو ماروينا من طريق أحمد بن شعيب ... عن جابر بن عبد الله أن رسول الله - ﷺ - « نهى عن الثنيا حتى تعلم. فصح أن الاستثناء لا يحل إلا معلوما من معلوم »^(٧).

٤- أن جهالة المستثنى تفضي إلى جهالة المستثنى منه ، ومن شرط المبيع كونه معلوما بدليل نهيه - ﷺ - عن بيع الغرر ، ونحو ذلك^(٨) ويقول

(١) سورة النساء الآية: ٢٩.

(٢) المحلى ج٧ ص ٣٤٥ مسألة ١٤٦٠.

(٣) سبق تخريج أحاديث النهي عن الغرر في ص ٥٠ من البحث.

(٤) المحلى السابق ص ٣٤٦ نفس المسألة. وهذه الأدلة استدلل بها ابن حزم أيضا على أنه

لا يحل بيع شيء غير معين من جملة مجتمعة لا بعدد ، ولا بوزن ولا بهكيل كمن باع رطلا أو قفيزا ، أو صاعا ... من هذه الجملة من التمر أو البر

(٥) شرح الزركشي ج٣ ص ٥١٧ ، والحديث سبق تخريجه أول الاستثناء.

(٦) أقول: هي المسألة التي أشرنا إليها قبل. أعني بيع شيء غير معين من جملة مجتمعة.

(٧) المحلى ج٨ ص ٣٤٩ مسألة ١٤٦١.

(٨) شرح الزركشي ج٣ ص ٥١٧ ، وانظر. شرح مسلم للنووي ج١ ص ١٩٥ ، سبل السلام ج٢

ص ١٩ ، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٣٤ ، الإيضاح ج٥ ص ٨٢ ، شرح النيل ج٨ ص ١٥٢ .

إهنا قدامة « وإن استثنى شجرة غير معينة لم يجز لأن الاستثناء غير معلوم
فصار المبيع والمستثنى مجهولين »^(١).

٥- قال ابن رشد: واختلفوا في الرجل الذي يبيع الحائط ويستثنى منه
عدة نخلات بعد البيع فمنعه الجمهور لمكان الاختلاف في صفة النخل^(٢).

٦- وجه قول ابن القاسم في مخالفته للإمام مالك: أنه لا يجوز للبائع
استثناء ما يختارها من الحائط لجواز أن يختار ثمرة ثم يتركها ويأخذ غيرها
فيدخله التفاضل في المطعوم ، ومثل هذا يجوز على البائع في اختياره
فيجب أن لا يجوز كما لا يجوز اختيار المبتاع^(٣).

دليل القول الثاني: استدل جمهور المالكية على جواز استثناء
سرر أكشج- قال أبو محمد: وهو

١- روى مالك في موطنه عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن القاسم
بن محمد « كان يبيع ثمر حائطه ويستثنى منه »^(٤).

قال الباجي: « قوله: ويستثنى منه: » يحتمل أن يريد به كيلا ،
ويحتمل أن يريد جزءا شائعا ، ويحتمل أن يريد نخلات يختارها^(٥).
والاحتمال الأخير هو ما به الدليل على الصورة التي معنا.

٢- روى عن ابن عمر أن باع ثمرته بأربعة آلاف واستثنى طعام
القيان^(٦) وفي لفظ « أنه باع حائطاً واستثنى منه قوت

(١) المغنى ج٤ ص ٢٣١ ، والشرح ج٤ ص ٣٤ .

(٢) بداية المتجهد ج٢ ص ٢٤٨ .

(٣) المنتقى ج٤ ص ٢٣٨ .

(٤) الموطأ مع المنتقى ج٤ ص ٢٣٦ ، وأخرجه الشافعي في الأم من طريق الإمام مالك ج٣
ص ٦٠ مجلد ٢ باب الثنيا .

(٥) المنتقى ج٤ ص ٢٣٧ .

(٦) المغنى ج٤ ص ٢٣١ والشرح ج٤ ص ٣٤ ، والقين: الحداد ، وجمعه قيون ، (=)

غلمانه»^(١). وأخرجه ابن حزم مستدلا به للمالكية حيث قال: قال أبو محمد: واحتج المالكيون بما روينا من طريق عبد الرزاق ... أن الزبير بن عدي قال «سمعت ابن عمر وهو يبيع ثمرة له فقال: أبيعكموها بأربعة آلاف وطعام القيان الذي يعملونها»^(٢).

ووجه الدلالة منه هو نفس الاحتمال السابق في أثر القاسم بن محمد.

٣- قالوا: البائع يستثنى خمسا من جنانه المشر الذي باعه على شرط أن يختارها منه فيجوز كما أجاب به الامام مالك رضى الله عنه بعد توقفه فيها أربعين ليلة. إما لأن المستثنى مبقى لامشترى^(٣)، أو لأن البائع يعلم جيد حائظه من ردينه^(٤) والمشتري داخل على أنه لا يختار إلا الجيد فلا يختار ثم ينتقل. وعبارة الخرشي «لأن البائع لما كان الغالب أن يعرف جيد حائظه من ردينه فلا يتوهم فيه أن يختار ثم ينتقل بخلاف المشتري»^(٥).

٤- قال الباجي: وجه قول مالك ما احتج به من أن المستثنى ليس بمتنع فلا يفسد بغير ولاشيء مما تفسد به البيوع. ومعنى ذلك عندى: أن مايجوز فى اختياره من أن يأخذ شجرة ثم يتركها ويختار غيرها إنما يفسدها ما انتقل إلى المختار على غير وجه البيع أو كان باقيا على الملك قان ذلك لا يؤثر فيه^(٥).

(=) والقين أيضا العبد ، والقينة: الأمة مغبة كانت أو غير مغبة والجمع القيان ، مختار الصحاح ص ٢٨٧ باب القاف ، والمراد به فى الأثر: العبيد كما فى بعض الروايات.

(١) الحارث الكبير ج٦ ص ٢٤٢.

(٢) المحلى ج٧ ص ٣٥٠ مسألة ١٤٦١ ، وانظر الأثر فى السنن الكبرى للبيهقى ج٥ ص ٣٠٤ ، ومصنف عبد الرزاق «١٥١٥٢» ، «١٥١٥٣».

(٣) أى أو أنه مشتري لكن لما كان البائع يعلم جيد حائظه من ردينه فلا يختار ثم ينتقل ، حاشية الدسوقي ج٣ ص ٥٩.

(٤) جواهر الأكلیل ج٢ ص ٢٣ ، وانظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج٣ ص ٥٩ ، شرح الخرشي ج٥ ص ٧٤ مجلد / ٢.

(٥) المنتقى ج٤ ص ٢٣٨.

٥- أما الجواز فى اليسير دون الكثير. فوجه ذلك أنه إن اشترط الكثير ذهب بمعظم الجملة فدخله كثير الغرر فيما بقى منها أو الجهل بصفتها وتفاوت التغرير فيها فعاد ذلك بفساد العقد. وإن اشترط اليسير منها بقى معظم الجملة فقل الغرر فيها وتفاوت أمرها^(١).

٦- أما دليلهم على الثلث فهو عمل أهل المدينة ، وسيأتى فى استثناء مكيلة.

المناقشة:

١- أما عن الاحتمال الذى استدلوا به من الأثر ، فهو مردود بمثله أما القاسم بن محمد فقد روى ابن حزم ما يفيد أنه تبع ابن عمر فى كراهته لهذا.

قال أبو محمد: رويانا من طريق ابن أبى شيبه ... عن القاسم بن محمد قال: ما كنا نرى بالثنية بأسا لولا أن ابن عمر كرهها ، وكان عندنا مرضيا.

قال ابن عليه: قال ابن عون: فتحدثنا أن ابن عمر كان يقول: لا أبيع هذه النخلة ، ولا هذه النخلة.

قال على: سمع ابن عون هذا الخبر من القاسم بن محمد^(٢).

ثم قال: فالرواية عن ابن عمر: هم أول مخالف لها ، لأن طعام القبان إن كان مستثنى من الثمرة فهو مجهول لا يدرى ما يكون نوعه ، ولا مقدار ما يكون ، فإن كان مضافا على المشتري إلى الثمن فكذلك أيضا.

والمالكيون لا يجيزون شيئا من هذين الوجهين ، فقد خالفوه ،

(١) المنتقى السابق.

(٢) المحلى ج٧ ص ٣٤٩ ، ٣٥٠ مسألة ١٤٦١.

والصحيح عن ابن عمر مثل قولنا^(١).

ومن طريق عبد الرزاق. قال سفيان: ولكن يستثنى هذه النخلة وهذه النخلة ومن طريق الحجاج بن المنهال ... عن عروة بن شعيب أنه سأل سعيد ابن المسيب عن الثنيا فكرها إلا أن يستثنى نخلات معلومات.

ومن طريق ابن أبي شيبه ... عن عمرو بن شعيب قال: قلت لسعيد ابن المسيب: أبيع ثمرة أرضي وأستثنى؟ قال: لا تستثنى إلا شجرة معلوما ، ولا تبرأ من الصدقة.

قال أيوب: فذكرته لمحمد بن سيرين فكانه أعجبه^(٢).

وأخرج الشافعي في الأم عن ابن جريج أنه قال: قلت لعطاء «أبيعك نخلي إلا عشر نخلات أختارهن. قال: لا ، إلا أن تستثنى أيتن هي قبل البيع تقول: هذه وهذه»^(٣).

٢- يقول ابننا قدامة في أثر ابن عمر: وهذا يحتمل أنه استثنى نخلا معيناً بقدر طعام القيان لأنه لو حمل على غير ذلك كان مخالفاً لنهي النبي ﷺ - عن الثنيا إلا أن تعلم. ولأن المستثنى متى كان مجهولاً لزم أن يكون الباقي بعده مجهولاً فلا يصح بيعه كما لو قال: بعثك من هذه الثمرة طعام القيان^(٤).

ويقول الماوردي: يحتمل أن يكون ابن عمر استثنى منه قدراً معلوماً جعله قوت غلمانته^(٥).

(١) المحلى السابق ص ٣٥١ نفس المسألة.

(٢) المحلى السابق ص ٣٥٠.

(٣) الأم ج ٣ ص ٦٠ مجلد ٢ باب الثنيا.

(٤) المغنى ج ٤ ص ٢٣١ ، والشرح ج ٤ ص ٣٤.

(٥) الحاوى الكبير ج ٦ ص ٢٤٢.

٣- يقول الماوردي بعد حكايته لمذهب مالك: وهذا غلط. لأن الاستثناء يقع جهالة في المبيع من وجهين:

أحدهما: أن ثمر النخل يختلف في القلة والكثرة.

والثاني: أن المستثنى غير محوز ولا مشاع في الجملة ، وقد يجوز أن يهلك النخل إلا عدد ما استثنى ، فيختلفان في الباقي: هل هو المبيع أو المستثنى؟ وهذا من أكبر الجهالات غررا ، فكان بطلان البيع أولى^(١).

وعبارة الشافعي رحمه الله «... ومن هذا أن يبيعه الحائط فيستثنى منه نخلة أو أكثر لا يسميها بعينها فيكون الخيار في استثنائها إليه فلا خير فيه ، لأن لها حظا من الحائط لا يدري كم هو ، وهكذا الجزاف كله»^(٢).

وفي موطن آخر «وهكذا إذا استثنى عليه نخلات يختارهن أو يتشرهن فقد يكون في الخيار ، والشرار النخل بعضه أكثر ثمنا من بعض ، وخيرا منه بكثرة الحمل وجودة الثمر»^(٣).

٤- رد ابن حزم مذهب الامام مالك فقال: قال أبو محمد: في هذه الأقوال عبرة لمن اعتبر من التفريق بين البائع والمشتري في اختيار الثمر ، ومن الفرق بين اختيار المشتري لثمر أربع نخلات فمنع منه ، وبين اختيار البائع له فأجازه. وليت شعري ما قوله في ست نخلات أو سبع ، وتزیده هكذا واحدة واحدة ، فاما يتمادى على الإباحة ، وإما يمنع فيكلفوا البرهان على ما حرموا ، وما حللوا ، أو بتحيرو ، فلا يدروا ما يحللون وما يحرمون ، ولا بد من أحد هذه الوجوه ضرورة.

ثم نسألهم عما أجازوا في الأربع نخلات فنقول: أنميزون ذلك إن لم

(١) الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٤٢.

(٢) الأم ج٢ ص ٨٥ مجلد ٢ باب بيع الآجال.

(٣) المصدر السابق ص ٦٠ باب الثنيا.

يكن فى الحائط إلا خمس نخلات؟ فان أجازوا سألناهم من أين خصوا الأربع نخلات بالاجازة دون ما هو أكثر أو أقل؟ فان منعوا زدناهم فى عدد نخل الحائط نخلة نخلة - وهذه تخاليط لانظير لها ١١.

قال ابن حزم: وهذا يبطل دعواهم فى عمل أهل المدينة إذ لو كان ذلك عملا ظاهرا ، ما احتاج إلى أن يتوقف فيه أربعين ليلة.

ثم عاب ابن حزم على ابن القاسم إجازته إن وقع مراعاة لقول امامه. يقول ابن حزم: وإن فى إجازة ابن القاسم العمل الذي منع منه -ان وقع- من أجل إجازة مالك له لعجبا.

ثم يذكر أن الحنفية والشافعية على المنع قال: وأما الحنفيون والشافعيون فانهم منعوا من هذا كله^(١).

دليل القول الثالث: استدلال الهادوية على جواز استثناء مجهول العين إذا ضرب لاختياره مدة معلومة بقولهم: أنه بذلك صار كالمعلوم.

ورده الشوكاني مستظهرا مذهب الشافعى. يقول الشوكاني: وقال الشافعى: لا يصح لما فى الجهالة حال البيع من الفرر. وهو الظاهر لدخول هذه الصورة تحت عموم الحديث ، وإخراجها يحتاج إلى دليل.

وكون مدة الاختيار معلومة وإن صار به على بصيرة فى التعيين بعد ذلك لكنه لم يصر به على بصيرة حال العقد وهو المعتبر. والحكمة فى النهى عن استثناء المجهول ما يتضمنه من الفرر مع الجهالة^(٢).

الراجع:

كما سبق يتضح للباحث رجحان مذهب الجمهور لسلامة أدلته عن

(١) المحلى ج٧ ص ٣٤٨ ، ٣٤٩ مسألة ١٤٦١.

(٢) نيل الأوطار ج٦ ص ٢٣٤.

المعارض ، بينما من خالف الجمهور لم يسلم له دليل ، وإنما هو دائما في حاجة إلى الدفع عن دعواه دون مساس بأدلة الجمهور ، وإن كنت لم أر له دفعا .

الصورة الرابعة: استثناء مكيلة ونحوها من ثمار الشجرة:

وصورة هذه المسألة أن يبيع الثمرة ويستثنى منها مكيلة معلومة كصاع مثلا وكالكيل ، الوزن ، والعدد .

والفقهاء مختلفون في جواز هذا الاستثناء ، وقبل الدخول في ذكر الخلاف رأيت تحقيق مذهب الحنفية في المقدار المؤثر على البيع في رواية عدم الجواز حيث اختلفت عبارات كتبهم في هذا الصدد . وأيضا فإن بعض الكتب تذكر أن الجواز هو ظاهر الرواية ، بينما البعض الآخر يذكر أنه ظاهر المذهب حيث أن ظاهر الرواية لم تصرح به .

تحقيق مذهب الحنفية:

أولا: المقدار المستثنى:

غالب كتب الحنفية تعبر بالأرطال^(١) وعبر الكاساني بالصاع ، ولا تعارض في هذا حيث أن الصاع به أرطال^(٢) . وهذا يعني أن محل الخلاف

(١) الأرطال جمع رطل . والرطل: معيار يوزن به وكسره أشهر من فتحه ، وهو بالبغدادي اثنتا عشرة أوقية ، وهو مائة درهم وثمانية وعشرون درهما وأربعة أسباع درهم ، والدرهم ستة دوانق ، والدانق: ثمانى حبات وخمسا حبة . وإذا أطلق الرطل في الفروع فالمراد به رطل بغداد . والرطل مكيال أيضا وهو بالكسر ، وبعضهم يحكى فيه الفتح . المصباح المنير ج ١ ص ٢٣٠ كتاب الرأ ، مختار الصحاح ص ١٣٥ باب الرأ .

(٢) الصاع مكيال . وصاع النبي - ﷺ - الذي بالمدينة أربعة أمداد ، وذلك خمسة أرطال وثلاث بالبغدادي . وقال أبو حنيفة: ثمانية أرطال لتعامل أهل العراق . ورد بأن الزيادة عرف طارئ على عرف الشرع ، ومن ثم فقد رجع عنه أبو يوسف بعد اجتماعه بمالك في المدينة أثناء حجه مع الرشيد ، وأحظر مالك جماعة معهم عدة أصواع فأخبروا عن آباءهم (=)

إنما فيما زاد على الرطل ، أما الرطل فإنه جائز وهو ما صرح به في الدر المنتقى ، ومجمع الأنهر. جاء في الدر «أو رطلا صاع البيع»^(١) بل أن دامار أفندي قال: جاز اتفاقا «وقيد بالأرطال لأنه لو استثنى رطلا واحدا جاز اتفاقا لأنه استثناء القليل من الكثير بخلاف الأرطال لجواز أن لا يكون ذلك فيكون استثناء الكل من الكل»^(٢).

وأفاد ابن عابدين هذا الأمر عند تعليقه على قول الدر المختار «أرطال معلومة».

ففي البحر عن البناية «وقيد بالأرطال لأنه لو استثنى رطلا واحدا جاز اتفاقا لأنه استثناء القليل من الكثير بخلاف الأرطال لجواز أن لا يكون إلا ذلك القدر فيكون استثناء الكل من الكل».

ومقتضى هذا التعليل كما يقول ابن عابدين «أنه لو علم أنه يبقى أكثر من المستثنى يصح لو استثنى أرطالا».

لكن هذا أيضا خلاف ما يدل عليه كلام الفتح من تعليقه لرواية عدم الجواز وهي رواية الحسن بن زياد ، وأبى يوسف عن الامام كما سيأتى: بأن الباقي بعد اخراج المستثنى ليس مشارا إليه ولا معلوم الكيل المخصوص

(=) أنهم كانوا يخرجون بها الفطرة ويدفعونها إلى رسول الله - ﷺ -.

وحكى الخطابي أن الزيادة على ما عرف بالمدينة كانت من الحجاج لما ولي العراق كبر الصاع ووسعه على أهل الأسواق للتسعير فجعله ثمانية أرطال. قال الأزهري: وأهل الكوفة يقولون الصاع ثمانية أرطال ، والمد عندهم ربعه ، وصاعهم هو القفيز الحجاجي ولا يعرفه أهل المدينة. وروى الدارقطني مثل هذا ، وأن مالكا غضب عندما علم أن شيخ القوم وهو أبو حنيفة يقول ثمانية. وقال مالك: أنا حزرت الأصم فوجدت الصاع خمسة أرطال وثلاثا. المصباح المنير ج ١ ص ٣٥١ كتاب الصاد ، ولاحظ مختار الصعاج ص ١٩٧ باب الصاد ، وانظر. بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٥.

(١) الدر المنتقى ج ٢ ص ١٩.

(٢) مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٠.

فكان مجهولا ، وإن ظهر آخره أنه بقي مقدار معين لأن المفسد هو الجهالة القائمة. أ.هـ.

ومقتضى هذا التعليل كما يقول ابن عابدين «الفساد باستثناء الرطل الواحد أيضا على هذه الرواية»^(١).

والخلاصة : .

أنه بعد ذكر الاتفاق على جواز استثناء الرطل الواحد ، عاد ابن عابدين إلى احتمال وجود الخلاف بناء على مقتضى تعليل الكمال بن الهمام لرواية الحسن ، وأيضا بعد أن ذكر عدم الصحة في الأبطال عاد إلى احتمال الصحة فيها بناء على مقتضى تعليل عدم الصحة.

ثانيا : أما عن الموضع الثاني ، وهو القول بالجواز في الأبطال هل هو ظاهر الرواية أم هو قياسها ؟ عبارة الحصكفي في الدر «على الظاهر»^(٢) وعبارة ابن عابدين «ظاهر الرواية»^(٣) وكذلك الهداية وشرح الكفاية^(٤).

قال في الهداية «أما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز ...»^(٥).

لكن البابرتي أفاد أن حكم هذه المسألة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحا ولهذا فإن صاحب الهداية قال «ينبغي أن يجوز ، لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناءه من العقد ، وينعكس إلى أن مالا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناءه»^(٦).

(١) حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤٢ ، وانظره في شرح العناية ج٥ ص ٤٩٢.

(٢) الدر المختار ج٤ ص ٤٢.

(٣) حاشية ابن عابدين على الدر السابق.

(٤) الهداية وشرح الكفاية ج٥ ص ٤٩٣.

(٥) الهداية السابق.

(٦) شرح العناية على الهداية السابق.

وأيضاً يقول ابن الهمام عند قول صاحب الهداية «ينبغي»: لأن جواب هذه المسألة ليس مصرحاً به في ظاهر الرواية. وهو أن كل ما جاز إفراده بإيراد العقد عليه جاز استثناؤه ويصير الباقي مبيعاً^(١).

أقول: فظاهر الرواية صرح بالضابط أو القاعدة المذكورة ، ولم يصرح بعين المسألة ، وإنما المسألة عند الجمهور فهي كما يقول الباهرتي «على قياس ظاهر الرواية»^(٢).

إذا اتضح هذا فإن للفقهاء في صحة بيع الثمر على رؤوس الشجر مفرداً واستثناء كؤل أو وزن أو عدد معلوم منه قولين .

القول الأول: لا يصح هذا الاستثناء ويبطل البيع. وبه قال فقهاء الأمصار الذين تدور الفتوى عليهم كما قال ابو عمر بن عبد البر^(٣).

وهو رواية الحسن بن زياد ، وأبى يوسف عن الامام ، واختاره الطحاوى والقدرى ، وإليه أشار محمد في الموطأ.

وقال في الفتح: أنه أقيس بمذهب الامام في مسألة الصبرة . وهذا القول في مذهب الحنفية ، قيد عدم الجواز بما إذا كان المستثنى عدداً من الأبطال^(٤) وإن كان ابن عابدين ذكر أن تعليل البعض يقتضى المنع في

(١) شرح فتح القدير على الهداية السابق.

(٢) شرح العناية ج٥ ص ٤٩٣.

(٣) في شرح مسلم للنووى ج١٠ ص ١٩٥ البيوع المنهى عنها «أما إذا باع ثمرة نخلات فاستثنى من الثمر عشرة أصع مثلاً للبائع ، فمذهب الشافعى وأبى حنيفة والعلماء كافة بطلان البيع. وقال مالك وجماعة من علماء المدينة: يجوز ذلك ما لم يزد على قدر ثلث الثمرة» وانظر. المغنى ج٤ ص ٢٣١ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٣٤.

وفي بداية المجتهد ج٢ ص ٢٤٨ «استثناء البائع مكيلة من حائط. وكذلك اختلفوا إذا استثنى البائع مكيلة من حائط . قال ابو عمر بن عبد البر: فمنع من ذلك فقهاء الأمصار الذين تدور الفتوى عليهم وألفت الكتاب على مذاهبهم ... وأما مالك وسلفه من أهل المدينة فانهم أجازوا ذلك في الثلث فما دون ، ومنعوه فيما فوقه».

(٤) جاء في الهداية ج٥ ص ٤٩٣ «ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أوطالا معلومة (=)

الرطل الواحد أيضا كما مر في تحقيق المذهب.

(=) خلافا لما لك رحمه الله ... قال رضى الله عنه: قالوا: هذه هي رواية الحسن وهو قول الطحاوي.

وفي شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٣ «قالوا: هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وهو قول الطحاوي والشافعي وأحمد رحمهم الله ...» وبعد أن ذكر الجواز على ظاهر المذهب قال «إلا أن عدم الجواز أقيس بمذهب أبي حنيفة في مسألة بيع صبرة طعام كل قفيز بدينار فإنه أقصد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد ، وهو لازم في استثناء أرطال معلومة مما على الأشجار ، وإن لم يفض إلى المنازعة ، وهذا الكلام نقله أيضا عن الفتح . الشلبي في حاشيته ج-٤ ص ١٢ ، ١٣ ، وابن عابدين في حاشيته ج ٤ ص ٤٣ ، ودأمار أفندي في مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٠ .

وفي شرح العناية بعد ذكره لنص الهداية السابق. قال الباهرتي «ولم يبين أن المراد الثمرة على رؤوس النخيل أو ثمرة مجذوفة ، وذكر في بعض فوائد هذا الكتاب: أن مراده ما كان على النخيل ، وأما بيع المجذوف فجائز» شرح العناية ج ٥ ص ٤٩٣ . وفي شرح الكفاية ج ٥ ص ٤٩٢ «ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أرطالا معلومة سواء كان على الشجر أو بعد الجز خلافا لما لك رحمه الله» . وفي الدر المنثور ج ٢ ص ١٩ «وقيل: لا يجوز ، وهو أقيس بمذهب الامام كما بسط في الفتح وغيره» .

وفي المجمع على الدر السابق «وقيل: لا يصح ، وهو رواية الحسن والطحاوي ، وهو قول الشافعي وأحمد لجهالة الباقي وهو أقيس بمذهب الامام في مسألة بيع صبرة طعام كل قفيز بدينار» .

وفي حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٢ «ومقابل ظاهر الرواية: رواية الحسن عن الامام أنه لا يجوز ، واختاره الطحاوي والقنوري» .

وفي تبين الحقائق ج ٤ ص ١٢ «وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز» . وانظر الاختيار ج ٢ ص ٧ .

وفي مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٠ «وقد يفهم من كلام الزيلعي أن رواية عدم الجواز هي رواية الحسن وحده ، وليس كذلك بل هي رواية أبي يوسف أيضا عن الامام» .

وفي بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٥ «ولو باع الثمرة على رؤوس النخل واستثنى منها صاعا ذكر القاضي في شرحه ... وذكر الطحاوي في مختصره أنه لا يجوز ، وإليه أشار محمد في الموطأ فإنه قال: لا بأس بأن يبيع الرجل ثمرة ويستثنى منها بعضها إذا استثنى شيئا في جملته ربعا أو خمسا أو سدسا . قيد الجواز بشرط أن يكون المستثنى مشاعا في الجملة ، فلو ثبت الجواز في المعين لم يكن لتقييده بهذا الشرط معنى ، وكذا روى الحسن بن زياد أنه قال: لا يجوز ، وكذا ذكر القنوري رحمه الله في مختصره» .

وهذا القول حكاه النووي في شرح مسلم مذهباً لأبي حنيفة «أما إذا باع ثمرة نخلات (=)

وبعدم الصحة قال الشافعية قل المستثنى أم كثر^(١) وهو الصحيح من مذهب الحنابلة ومروى عن سعيد بن المسيب والحسن ، والأوزاعي وإسحاق وأبى ثور^(٢).

(=) فاستثنى من الثمر عشرة أصع مثلا للبائع ، فمذهب الشافعي وأبى حنيفة والعلماء كافة بطلان البيع ، وقال مالك ... شرح مسلم ج ١٠ ص ١٩٥ البيوع المنهى عنها . وحكاة الشافعي أيضا في حلية العلماء ج ٢ ص ٥٥٢ ، وإبنا قدامة في المغنى ج ٢ ص ٢٣١ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٣٤ ، والهاجى فى المنتقى ج ٤ ص ٢٣٧ .

(١) فى الحاوى الكبير ج ٦ ص ٢٤٣ «والقسم الثالث: أن يكون الاستثناء معلوما والمبيع بعده مجهولا ، وهو أن يقول: بعثك هذه الثمرة إلا صاعا منها ، فهذا باطل». وانظر شرح مسلم للنووى ج ١٠ ص ١٩٥ وقد مرّ نصه بهاض سابق.

وفى الأم ج ٣ ص ٨٥ مجلد ٢ باب بيع الآجال «ومن باع ثمر حائطه فاستثنى منه مكيبة قلت أو كثرت فالبيع فاسد» وفيه «فأما أن يبيعه جزافا لا يدري كم هو ويستثنى منه كيلا معلوما فلا خير فيه لأن البائع حينئذ لا يدري ما باع ، والمشتري لا يدري ما اشترى» الأم السابق وفى ص ٦٠ باب الثنيا «وإذا باع ثمر حائطه واستثنى مكيبة منه فليس ما باع منه بمعلوم وقد يكون يستثنى مدا ولا يدري كم المد من الحائط أسهم أم ألف ، أم مائة سهم ، أم أقل أم أكثر. فإذا استثنى منه كيلا لم يكن ما اشترى منه بجزاف معلوم ولا كيل مضمون ولا معلوم وقد تصيبه الآفة فيكون المد نصف ثمر الحائط ، وقد يكون سهما من ألف سهم منه حين باعه».

وفى حلية العلماء ج ٢ ص ٥٥٢ «قال الشافعي رحمه الله: ولا يجوز أن يستثنى من الشجرة مدا لأنه لا يدري كم المد من الحائط ، وهكذا إذا باع صبرة واستثنى منها أمدادا ، أو أصعا معلومة فانه لا يصح وبه قال أبو حنيفة وأحمد». ومذهب الشافعي هذا حكاة ابنا قدامة فى المغنى ج ٢ ص ٢٣١ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٣٤ ، وحكاة من الحنفية ابن الهمام فى شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٢ ، ودامار أفندى فى مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٠ ، والشلبى فى حاشيته ج ٤ ص ١٣ ، والهاجى فى المنتقى ج ٤ ص ٢٣٧ .

وفى تنمة الابانة أن عدم الصحة إنما إذا كان الثمر المستثنى منه غير معلوم القدر فان كان قد عرف قدر الثمار بالحرص جاز العقد. يقول المتولى «إذا باع ثمار البستان واستثنى منها شيئا نظرنا ... فأما إذا استثنى قدرا معلوما بالوزن مثل أن يقول: إلا ألف مد فان كان قد عرف قدر الثمار بالحرص جاز العقد كما لو استثنى من الصبرة المعلومة صاعا ، وإن لم يكن قدر الثمار معلوما لا يصح كما لو استثنى صاعا من صبرة لا يعرف قدرها» تنمة الابانة ج ٤ ورقة ١٦٥ .

والفقهاء مختلفون فى مشروعية الحرص ، والمجوزون مختلفون فى محله من الثمار.

(٢) قال الحرقي «وإذا باع حائطا واستثنى منه صاعا لم يجز» قال ابن قدامة «إذا باع ثمرة بستان واستثنى صاعا أو أصعا ، أو مدا ، أو أمدادا ، أو باع صبرة واستثنى منها مثل (=)

(=) ذلك لم يجز. وروى ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن والشافعي والأوزاعي وإسحاق وأبي ثور ، وأصحاب الرأي « المغنى ج٤ ص ٢٣١ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٣٤ ، وقال أيضا « وإن باع شجرة أو نخلة واستثنى أرطالا معلومة فالحكم فيها كما لو باع حائطا واستثنى أصعا » المغنى والشرح السابقين.

وقول سعيد بن المسيب ، والحسن. ذكره ابن حزم فى المحلى. قال: ومن طريق عبد الرزاق ... عن سعيد بن المسيب قال: يكره أن يبيع النخل ويستثنى منه كبلا معلوما. وهو أيضا قول سفيان الثوري. قال سفيان: ولكن يستثنى هذه النخلة وهذه النخلة. ومن طريق الحجاج بن المنهال ... عن عمرو بن شعيب أنه سأل سعيد بن المسيب عن الثنيا فكرهها إلا أن يستثنى نخلات معلومات. ومن طريق ابن أبي شيبة عن الحسن فيمن باع ثمرة أرضه ، فاستثنى كرا؟ قال: كان يعجبه أن يعلم نخلا. المحلى ج٧ ص ٣٥٠ مسألة ١٤٦١.

والكر بالضم كيل معروف ، والجمع أكرار مثل قفل وأقفال ، وهو ستون قفيزا ، والقفيز ثمانية مكابيك ، والمكوك صاع ونصف ، قال الأزهري: فالكر على هذا الحساب اثنا عشر وسقا ، المصباح المنير ج٢ ص ٥٣٠ كتاب القاف.

وفى شرح الزركشى ج٣ ص ٥١٨ ، ٥١٩ « واختلف الأصحاب فيما إذا باع نخلة واستثنى منها صاعا ونحو ذلك. فأجرى أبو محمد -ابن قدامة- فيه الخلاف» وفيه أيضا « واختلف فيما إذا باع حائطا واستثنى منه صاعا أو صبرة لا يعلمان قفزاتها واستثنى منه قفيزا ونحو ذلك ... الثانية: وهى اختيار أبى بكر وابن أبى موسى عدم الصحة ».

وفى كشف القناع ج٣ ص ١٦٩ « وإن باعه ثمرة الشجرة إلا صاعا لم يصح البيع » . وفيه أيضا « واستثناء صاع من ثمرة بستان كاستثناء قفيز من صبرة فلا يصح البيع إذا باعه الثمرة إلا قفيزا فأكثر مع الجهل صاعها لما تقدم ».

وما تقدم هو ما فى قفيز من صبرة ونصه « وإن باعه الصبرة إلا قفيزا أو قفيزين أو باعه الصبرة إلا أقفزه لم يصح إن جهلا أى المتعاقدان قفزاتها لأن جهل قفزاتها يؤدى إلى جهل ما يبقى بعد المستثنى ، والا بأن لم يجهلا بل علما قفزاتها صح البيع للعلم بالمبيع والمستثنى » .

أقول: لمحل عدم الصحة إما إذا كان الثمر المبيع وهو المستثنى منه غير معلوم القدر بالحرص . وهو نفس ما ذكرناه عن المتولى الشافعي فى التتمة.

وفى الانصاف فى ج٤ ص ٣٠٥ « أو ثمرة شجرة إلا صاعا لم يصح » . قال المرداوى « فى هذه المسألة طريقان. أحدهما: أن حكم استثناء صاع من شجرة كاستثناء قفيز من صبرة وهى طريقة المصنف -ابن قدامة- فى متن المقنع- والشارح وصاحب المستوعب ، والرعايتين ، وجزم به فى الوجيز. وأطلق الروايتين فيها فى المستوعب ».

وفيه أيضا « فائدة: استثناء صاع من ثمرة بستان كاستثناء قفيز من صبرة. قاله الأصحاب وأطلق الخلاف فى هذه المسألة فى المستوعب والمحرر ، والفائق ، وغيرهم » (=)

وهو قول ابن حزم الظاهري^(١) والاباضية^(٢) ومقابل مشهور المالكية^(٣).

القول الثاني: البيع والاستثناء صحيحان. وبه قال الحنفية في

(١) أقول: ومَرَّ هنا كلام البهوتي في كشفه عن حكم استثناء قفيز من صبرة. وعدم الصحة حكاه بعض الحنفية مذهباً لأحمد. وكذلك الشافعي. انظر. حاشية الشلبي ج٤ ص ١٣ ، شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩٢ ، مجمع الأنهر ج٢ ص ٢٠ ، حلية العلماء ج٢ ص ٥٥٢.

(١) جاء في المحلى ج٧ ص ٣٤٧ مسألة ١٤٦١ «لا يحل بيع الثمرة بعد طيبها واستثناء مكيلة مسماة منها ، أو وزن مسمى منها ، أو عدد مسمى منها أصلاً قل ذلك أو كثر». (٢) في الجامع لابن بركة ج٢ ص ٣٧٨ «وأما بيع الاستثناء الذي نهى - ع - عنه ، فهو أن يبيع الرجل جزافاً ويستثنى منه كيلاً معلوماً ، أو وزناً معلوماً ، فهذا العسري غير جائز في السنة ...» . وانظر نتائج الأقوال ج٢ ص ٥٣.

وفي البيرق المنهى عنها يقول التميمي «وعن بيع الثنيا ، وهو بيع شين جزافاً مع استثناء كيل أو وزن» قال أطفيش «جزافاً أي بلا كيل ولا وزن مع استثناء كيل أو وزن واحد أو اثنين أو أكثر ... ومثله في الحكم بيع ما بعد جزافاً واستثناء عدد منه ، أو ما يمسح واستثناء قدر منه ونحو ذلك» ، قال أطفيش «رأيت في نسخ كثيرة تعليلاً: هو الجهل بالمبيع ، فلو عد أو كال أو وزن مثلاً لجاز لعدم الجهل ، واليقين بأنه لا يأتي على المبيع فيكون كبيع التسمية» شرح النيل ج٨ ص ١٥٠ ، ١٥١.

أقول: فعدم الصحة إنما هو في استثناء قدر معلوم من مجهول ، فإن علم قدر المبيع وهو المستثنى منه صح البيع والاستثناء ، وهو ما صرح به بعض الشافعية والحنابلة ، كما مر.

وفي الإيضاح ج٥ ص ٨٠ ، ٨١ «وأما نهيه -ص- عن بيع الثنيا ، وهو أن يبيع الرجل الشين جزافاً ويستثنى منه كيلاً معلوماً. وإنما لم يجز هذا البيع من جهة الجهل بالمبيع ، ولأن الاستثناء لعله يأتي على المبيع كله» قال أبو ستة معلقاً على كلام الإيضاح «ثم ظاهره أن الثنيا خاص بهذا ، ولعله بالنظر إلى النهي ، وإلا فالثنيا كما تقدم اسم من الاستثناء ، ولا شك أنه لا يقصر على هذا» حاشية أبي ستة على الإيضاح السابق.

(٣) لم أجده فيما اطلعت عليه إلا في الحرشي والعدوي . ففي شرح الحرشي «وجاز بيع ثمرة وبيع صبرة جزافاً واستثناء بانع كل منهما كيلاً قدر ثلث منهما فأقل لأكثر وأشعر ذكر القدر بأن المستثنى كيل ... وفرق للمشهور بجواز الثلث هنا ومنعه في الشاة برؤية المبيع هنا وعدمه هناك» قال العدوي «قوله: للمشهور» فيه إشارة إلى أن قول المصنف: استثناء قدر ثلث أي على المشهور ، ومقابله لا يجوز استثناء قليل ولا كثير لا كيلاً ولا جزافاً» شرح الحرشي ومعه حاشية العدوي ج٥ ص ٢٦ مجلد / ٣.

قياس ظاهر الرواية^(١) وسواء كان المستثنى رطلا واحدا أم أرطالا ، وذكره
القاضي في شرحه مختصر الطحاوي^(٢).

وبالصحة قال المالكية وسلف مالك من علماء المدينة. إن لم يجاوز

(١) اخترنا هذا التعبير تبعاً للباهرتي حيث أن حكم المسألة ليس مصرحاً به في ظاهر الرواية وإنما المصرح به هو الضابط للاستثناء «والضابط: إن كل ما جاز إيراد العقد عليه بانفراده جاز استثناءه ، ومالا فلا» . وإن كان البعض يعبر بظاهر الرواية. وقد أوضحناه فيما مر عند تحقيق مذهب الحنفية.

(٢) في البدائع ج ٥ ص ١٧٥ «ولو باع الثمرة على رؤوس النخل واستثنى منها صاعاً ، ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه يجوز».

وفي الهداية ج ٥ ص ٤٩٣ «أما على ظاهر الرواية ينهى أن يجوز ، لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناءه من العقد ، ويصح قفيز من صبرة جائز فكذا استثناءه بخلاف استثناءه الحمل. وأطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناءه» ويعلق الباهرتي على كلام المصنف في الهداية فيقول «ثم قال المصنف: أما على ظاهر الرواية ينهى أن يجوز. يريد على قياس ظاهر الرواية فإن حكم هذه المسألة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحاً ، ولهذا قال: ينهى أن يجوز ، لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناءه من العقد ... الخ» شرح العناية ج ٥ ص ٤٩٣. وانظر في شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٣ ، وفي شرح الكفاية ج ٥ ص ٤٩٣ ، «وصح في ظاهر الرواية ، لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناءه من العقد ... الخ».

وفي الدر المختار بعد ذكره القاعدة في الاستثناء عن الأشباه قال «ثم فرع على هذه القاعدة بقوله. فصح استثناء قفيز من صبرة ، وشاة معينة من قطع ، وأرطال معلومة من بيع ثمر نخلة لصحة إيراد العقد عليها ولو الثمر على رؤوس النخل على الظاهر» قال ابن عابدين «قوله: ولو الثمر على رؤوس النخل»: فيصح إذا كان مجذوزاً بالأولى لأنه محل اتفاق. الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٢.

وفي الدر المنتقى ج ٢ ص ١٩ «ولو باع ثمرة على شجرة أو مجذوزة واستثنى منها أرطالا معلومة أو رطلا صح البيع» قال في المجمع على الدر السابق «صح البيع والاستثناء في ظاهر الرواية وهو مذهب مالك».

وفي تبين الحقائق ج ٤ ص ١٢ «لو استثنى منها أرطالا معلومة صح ... أي لو استثنى من الثمار المبيعة المجذوزة أو غير المجذوزة جاز البيع».

وانظر الاختيار ج ٢ ص ٧ «وكذا لو كان الثمر مجذوزاً ، واستثنى منه أرطالا جاز» مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٠.

المستثنى ثلث الثمر. قال اصبح: وله أن يستثنى ذلك بسرا أو رطباً أو ثمرًا. فان جاوز الثلث فلا يجوز ، فان وقع ذلك ففي المدينة عن عيسى يفسخ البيع ، فان كان المبتاع قد جدها وقد قبض البائع ما استثناه رد المبتاع كيل الثمر الذي أخذ ان عرف كيله وان لم يعرف كيله فقيمته خرس ذلك لأن هذا حكم ما يفسخ فيه البيع مما له مثل. ذكره في المنتقى^(١) وبالصحة قال أبو

(١) «قال مالك: الأمر المجمع عليه عندنا أن الرجل إذا باع ثمر حائطه له أن يستثنى من ثمر حائطه ما بينه وبين ثلث الثمرة لا يجاوز ذلك ، وما كان دون الثلث فلا بأس بذلك» الموطأ مع المنتقى ج٤ ص ٢٣٧ . قال الهاجي وهذا كما قال أن مذهب أهل المدينة على ما ذكره أن من باع ثمرة حائطه جزافاً فان له أن يستثنى منه كيلاً ما بينه وبين الثلث خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما لا يجوز أن يستثنى منه قليلاً ولا كثيراً ... وله أن يستثنى ذلك بسرا ، أو رطباً ، أو قرأ. قاله إصبع»

المنتقى ج٤ ص ٢٣٧ وفي ص ٢٣٨ «فصل: وقوله: ما بينه وبين ثلث الثمرة لا يجاوز ذلك. يريد أن الاستثناء ما زاد على قدر ثلث الثمرة بالكيل بكثير به الغرر فلا يجوز ذلك. فان وقع ذلك ففي المدونة: عن عيسى يفسخ البيع ، فان كان المبتاع قد جدها وقد قبض البائع ما استثناه رد المبتاع كيل الثمر الذي أخذ إن عرف كيله ، وان لم يعرف كيله فقيمته خرس ذلك لان هذا حكم ما يفسخ فيه البيع مما له مثل».

وفي بداية المجتهد ج٢ ص ٢٤٨ «استثناء البائع مكيلة من حائط. وكذلك اختلفوا إذا استثنى البائع مكيلة من حائط ... وأما مالك وسلفه من أهل المدينة فانهم أجازوا ذلك في الثلث وما دونه ، ومنعه فيما فوقه ...».

وفي شرح الخرشى ج٥ ص ٢٦ مجلد ٣ «وجاز بيع ثمرة وبيع صبرة جزافاً واستثناء بائع كل منهما كيلاً قدر ثلث منهما فأقل لأكثر ... وفرق للمشهور بجواز الثلث هنا ومنعه في الشاة برؤية المبيع هنا وعدمه هناك» قال العدوي: صورتها: اشترى منك هذه الصبرة إلا عشرة أرادب فانه جائز إن كان ذلك قدر ثلث ، ومثل ذلك ما إذا باع الصبرة أو الثمرة ولم يستثن منها شيئاً ثم بعد ذلك أراد أن يشتري منها شيئاً لم يجز له أن يشتري إلا قدر ما كان له أن يستثنيه ، وقد جعل محشي التتائي التفصيل إذا أبقاء لبأخذة قرأ ، أما إذا جذه من حينه فيجوز مطلقاً وهو مطلع وإن كان الجماعة لم يقيدوا.

ثم يذكر العدوي: أن المشهور هو الصحة إذا كان قدر الثلث كما دونه ، ومقابل المشهور لا يجوز استثناء قليل ولا كثير لا كيلاً ولا جزافاً.

يقول العدوي معلقاً على قول الخرشى «للمشهور»: فيه اشارة إلى أن قول المصنف: واستثناء قدر ثلث أي على المشهور. ومقابله لا يجوز استثناء قليل ولا كثير لا كيلاً ولا جزافاً العدوي على الخرشى السابق.

وفي الجواهر ج٢ ص ٧ «وجاز بيع صبرة وثمره على أصلها جزافاً فيهما ، واستثناء قدر ثلث من كيل أو وزن أو عدد ، فلا يجوز استثناء الأكثر من الثلث» (=)

الخطاب من المناهضة وحكاه رواية عن الامام احمد ، وهو أيضا قول ابن سيرين ، وسالم بن عبد الله ، ووقع نص أحمد في رواية حنبل بالصحة. وقطع القاضي في شرحه وفي جامع الصغير بالصحة في مسألة بيع شجرة

(=) أقول: والجواز على الوجه المذكور حكاه الكثير مذهب مالك وسلفه من علماء المدينة. انظر. شرح مسلم للنووي ج ١٠ ص ١٩٥ ، المفتى ج ٤ ص ٢٣١ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ٣٤ ، المحلى ج ٧ ص ٣٤٧ مسألة ١٤٦١ ، الهداية وشروحها ج ٥ ص ٤٩٣ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٩ ، حلية العلماء ج ٢ ص ٥٥٢ ، الحاوي الكبير ج ٦ ص ٢٤٣ ، ولا حظ سهل السلام ج ٣ ص ١٩ ، ونيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٤ .

وذهب الشيخ أبو القاسم من المالكية إلى عدم جواز بيع جميع ثمر الحائط على أن فيه كذا وكذا صاعا بالخرص ، لأن التحرى من باب الفرر ، وقياسا على الصبرة من الطعام لا يجوز بيعها على التحرى.

يقول الباجي بعد ذكره أثر القاسم بن محمد في بيعه ثمر حائطه ويستثنى منه ، وأن بيع ثمر الحائط على ثلاثة أضرب: ... الثانى: أن يبيع الجميع على أن فيه كذا وكذا صاعا بالخرص ...

ثم يذكر حكم هذا النوع فيقول «وأما إن باعه على أن فيه كذا وكذا صاعا على التحرى فقد قال الشيخ أبو القاسم ذلك غير جائز.

قال القاضي أبو محمد: لأن التحرى فيه من باب الفرر ، وقاسه على الصبرة من الطعام لا يجوز بيعها على التحرى على أن فيها عدد أصرع. ووجه هذا عندى أن الاعتبار فى مقدار ما يبيعه بالتحرى والكيل بكثير فيه الفرر ، والخطر لاجتماعهما ، وأما أن يبيعه جزافا ، فإن ذلك جائز ، ولا خلاف فيه ، ووجه ذلك أنه مرئي يتأتى فيه الجزر فجاز بيعه جزافا ، المنتقى ج ٤ ص ٢٣٧ .

وفى المنتقى: «مسألة: ومن باع منه صبرة طعام جزافا لكان حكمها فى جواز استثناء ثلثها بالكيل ومنع ما زاد على ذلك حكم الثمرة. وحكى القاضي أبو محمد عن ابن الماجشون أنه لا يجوز أن يستثنى من الصبرة قليلا ولا كثيرا كيلا ولا جزأ مشاعا. قال: ورواه عن مالك واحتج بذلك أن الجزاف إنما جاز بيعه للضرورة لما يريد البائع أن يزيل عن نفسه مشقة الكيل والوزن ، فإذا استثنى منه جزء فلا بد له من الكيل فلا يقصد إلا المخاطرة فى قدر المبيع ، والفرق بين الصبرة والثمره أن الثمرة لا يتأتى فيها الكيل والصبرة يتأتى فيها الكيل.

قال الباجي: وهذا عندى يكون فيه قولان على حسب اختلاف القول فى استثناء المتاع بعض الثمرة المأبودة مع الأصل ، وبعض الثمرة التابعة للدار المكتراة ، فهذا على تسليم هذه العلة زاد على منعها. وقوله: ان الجزاف فى البيع أصل فى نفسه لما قدمناه من تأتى الجزر فيه فلا يلزم ما قاله عبد الملك، المنتقى ج ٤ ص ٢٣٨ .

واستثناء صاع أو أرطال معلومة ، وإن تردد فى تعليقه فى جهة التصحيح هل لقلة الجهالة؟ أم حملا على رواية الصحة؟. وجزم أبو محمد الجوزي بالصحة فى استثناء صاع من ثمرة بستان^(١).

الأدلة:

دليل القول الأول: استدل من قال بعدم صحة البيع والاستثناء بالمعنى المؤيد بالسنة والأثر. وخلاصة دليل أصحاب هذا القول مع كثرة عبارتهم: أن الباقي بعد الاستثناء مجهول ولأنه استثناء مكمل من جزاف ، وهذه الجهالة تفضى إلى النزاع على أنه يحتمل أيضا أن لا يكون إلا ذلك القدر المستثنى فيكون استثناء الكل من الكل فيخلو العقد عن الفائدة.

جـ.

(١) «إذا باع ثمرة بستان واستثنى صاعا أو أصعا ، أو مدا أو أمدادا ، أو باع صبرة واستثنى منها مثل ذلك لم يجز ... وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه يجوز ، وهو قول ابن سيرين وسالم بن عبد الله ومالك ...» المغنى ج٤ ص ٢٣١ ، والشرح ج٢ ص ٣٤ ، وفيهما أيضا «وإن باع شجرة أو نخلة واستثنى أرطالا معلومة فالحكم فيها كما لو باع حائطا ، واستثنى أصعا. وقال القاضى فى شرحه: يصح ...» وفى شرح الزركشى ج٢ ص ٥١٨ ، ٥١٩ «واختلف الأصحاب فيما إذا باع نخلة واستثنى منها صاعا ونحو ذلك فأجرى أبو محمد -ابن قدامة- فيه الخلاف ، وقطع القاضى فى شرحه وفى جامعه الصغير بالصحة معللا بأن الجهالة هنا بسيرة فتغترف. وكذا وقع نص أحمد فى رواية حنبل بالصحة ، وتردد القاضى فى التعليق فيه ، هل يجرى على ظاهره لما تقدم من قلة الجهالة ، أو يحمل على الرواية التى قال فيها بالصحة».

وفيه أيضا «واختلف فيما إذا باع حائطا واستثنى منه صاعا ، أو صبرة لا يعلمان قفزاتها واستثنى منها قفيزا ونحو ذلك ... إحداهما: الصحة فى الجميع اعتمادا على الحديث إذ الثنيا والخال هذه معلومة. وقد قيل: انه اجماع أهل المدينة ...».

وفى الانصاف ج٤ ص ٣٠٥ «فائدة: استثناء صاع من ثمرة بستان كاستثناء قفيز من صبرة ، قاله الأصحاب. وأطلق الخلاف فى هذه المسألة فى المستوعب ، والمحرر ، والقائى وغيرهم. وجزم أبو محمد الجوزي بالصحة فيها» وفيه أيضا «أو ثمرة شجرة إلا صاعا ... فى هذه المسألة طريقان ... والطريق الثانى: صحة استثناء صاع من شجرة ولو منعنا من صحته فى الصبرة وهى طريقة القاضى فى شرحه ، وجامعه الصغير وقاسها على سواقط الشاة ، وقدمها فى الفروع ، ورد المصنف -ابن قدامة- والشارح ذلك».

وقد جاءت السنة بالنهي عن الثنيا إلا أن تعلم. وهذا يقتضى أنه لا يصح إلا استثناء معلوم من معلوم ، وإلا كان بيع غرر ، والغرر منهي عنه ولما كان الباقي بعد الاستثناء وهو المبيع مجهولا ، رأينا أن البعض كاهن حزم ، يستدل بأدلة بطلان بيع شئ غير معين من جملة مجتمعة إلى جانب حديث النهي عن الثنيا ، واستدل الكاساني بما استدل به على فساد البيع والشرط. وهكذا.

هذا هو مجمل دليل عدم الصحة. وإليك قولهم فيه

١- في بداية المجتهد «وكذلك اختلفوا إذا استثنى البائع مكيلة من حائط قال أبو عمر بن عبد البر: فمنع ذلك فقهاء الأمصار الذين تدور الفتوى عليهم ، وألفت الكتاب على مذاهبهم. لنهي - عنه - عن الثنيا فى البيع لأنه استثناء مكيل من جزاف» (١).

٢- يقول ابن حزم: قال: أبو محمد: برهان صحة قولنا ههنا هي البراهين التى أوردنا فى المسألة التى قبلها سواء سواء (٢).

أ- قوله تعالى: «ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تمهارة عن تراض منكم» (٣) فحرم الله تعالى أخذ المرء مال غيره بغير تراض منهما ، وسماه باطلا. وبضرورة المحس يدري كل أحد أن التراضى لا يكون البتة إلا فى معلوم متميز (٤).

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٤٨.

(٢) وهذه المسألة تقول «ولا يحل بيع شئ غير معين من جملة مجتمعة لا بعدد ، ولا بوزن ، ولا بمكيل كمن باع رطلا ، أو قفيزا أو صاعا ... من هذه الجملة من التمر ، أو البر» المحلى ج ٧ ص ٣٤٥ مسألة ١٤٦٠.

(٣) سورة النساء الآية: ٢٩.

(٤) المحلى السابق.

ب- وبرهان آخر -وهو نهى رسول الله - ﷺ- عن بيع الغرر^(١) ولا غرر أكثر من أن لا يدري البائع أي شيء هو الذي باع ، ولا يدري المشتري ، أي شيء اشترى ، وهذا حرام بلا شك^(٢).

أقول: وبعد الاستثناء لا يدري البائع أي شيء باع ، ولا يدري المشتري أي شيء اشترى لأن المبيع بعد الاستثناء مجهول.

ج- قال أبو محمد: وههنا برهان زائد: وهو ما روينا من طريق أحمد ابن شعيب ... عن جابر بن عبد الله « أن رسول الله - ﷺ- نهى عن الثنيا حتى تعلم » فصح أن الاستثناء لا يحل إلا معلوما من معلوم^(٣).

٣- وفي المغنى والشرح بعد ذكر الخلاف وتصحيح عدم الجواز. قال ابن قدامة: ولنا: أن النبي - ﷺ- « نهى عن الثنيا » ولأن المبيع معلوم بالمشاهدة لا بالقدر ، والاستثناء يغير حكم المشاهدة لأنه لا يدري كم يبقى في حكم المشاهدة فلم يجز ، ويخالف استثناء الجزء الشائع كالربع مثلاً فإنه لا يغير حكم المشاهدة ولا يمنع المعرفة بها^(٤).

وعبارة الزركشى: والثنيا في هذه الحال تفضى إلى جهالة المبيع. وبيانه: أن المبيع والحالة هذه إنما علم بالمشاهدة ، وبعد اخراج المستثنى تختل المشاهدة^(٥). وبعبارة أخرى « المصحح للبيع والحال هذه الرؤية وبإخراج الصاع ونحوه تختل »^(٦).

٣- وقال الماوردي: ودليلنا على فساده. ما روى عن النبي - ﷺ- أنه

(١) سبقت أحاديث الغرر في ص ٥٠ من البحث.

(٢) المحلى السابق ص ٣٤٦.

(٣) المحلى السابق ص ٣٤٩ ، وحديث النهى عن الثنيا سبق تخريجه أول مسألة الاستثناء.

(٤) المغنى ج٤ ص ٢٣١ ، والشرح ج٤ ص ٣٤ ، وانظر. كشاف القناع ج٣ ص ١٦٩.

(٥) شرح الزركشى ج٣ ص ٥١٨.

(٦) المصدر السابق.

«نهى عن الثنيا فى البيع» وهو ما ذكرنا^(١).

ولأن هذا الاستثناء يوقع جهالة فى البيع ، لأنه لا يعلم قدر ما خرج من الاستثناء: هل هو عشر ، أو ربع؟.

ولأن مابقى بعد الاستثناء: هل هو تسعة أعشار ، أو أقل؟ والمبيع إذا كان مجهولا بطل البيع.

ولأنه يجوز أن تهلك الثمرة إلا قدر ما استثنى فيختلفان: هل هو المبيع أو المستثنى؟.

وإذا لم يتعين المبيع من المستثنى كان باطلا. وهذا مأمون فى استثناء جزء شائع منها ، لأن التلف منها والباقي فيها^(٢).

ويقول الشافعى «ولأنه لا يدري كم المد من الحائط»^(٣). وقال فى الأم: ومن باع ثمرة حائطه فاستثنى منه مكلية قلت أو كثرت فالبيع فاسد ، لأن المكلة قد تكون نصفاً أو ثلثاً أو أقل أو أكثر فيكون المشتري لم يشتري شيئاً يعرفه ولا البائع^(٤).

واستدل الشافعى أيضاً بقول عطاء. فعن ابن جريج أنه قال: قلت لعطاء «أبيعك حائطى إلا خمسين فرقا»^(٥) أو كيلاً مسمى ما كان؟ قال:

لا.

(١) يقصد ما ذكره قبل من بطلان البيع فى حال أن يكون المستثنى معلوماً والمبيع بعده مجهول كمستثنى ، وهو أن يقول: بعثك هذه الثمرة إلا صاعاً منها. الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٤٣.

(٢) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٤٣.

(٣) ذكره فى حلية العلماء عن الشافعى ج٢ ص ٥٥٢.

(٤) الأم ج٣ ص ٨٥ مجلد ٢ باب بيع الآجال.

(٥) الفرق بفتحين مكىال يقال: أنه بسع ستة عشر رطلاً. المصباح المنير ج٢ ص ٤٧١ كتاب القاف ، وفى الصحاح ص ٢٥٩ باب القاف «الفرق بفتح الفاء وسكون القاف: مكىال معروف بالمدينة وهو ستة عشر رطلاً ، وقد يحرك ، والجمع فرقان ، وهذا الجمع يكون لهما جميعاً كبطن وبعطان ، وحمل وحملان».

قال الشافعى: ما قال عطاء عن هذا كله كما قال إن شاء الله وهو فى معنى السنة والاجماع والقياس عليهما أو على أحدهما. وإذا باع ثمر حائطه واستثنى مكيلة منه فليس ما باع منه بمعلوم وقد يكون يستثنى مدا ولا يدري كم المد من الحائط أسهم من ألف أم من مائة سهم أم أقل أم أكثر ، فإذا استثنى منه كيلا لم يكن ما اشترى منه بجزاف معلوم ولا كيل مضمون ولا معلوم ، وقد تصيبه الآفة فيكون المد نصف ثمر الحائط ، وقد يكون سهما من ألف سهم منه حين باعه^(١).

٥- وعند الاباضية. يقول محمد بن بركة فى جامعهم: وأما بيع الاستثناء الذى نهى - ﷺ - عنه. فهو أن يبيع الرجل جزافا ويستثنى منه كيلا معلوما ، أو وزنا معلوما. فهذا العسري^(٢) غير جائز فى السنة ، وإن وردت فالعقل يشهد أيضا بفساده ، لأنه يجوز أن يأتى ما استثنى على جميع المبيع أو يبقى منه شئ ولا يعلم المشتري والبائع كم يبق فيقع البيع عليه ، فيكون قد دخل هذا البيع فى جملة مانهى عنه من بيع الغرر ، والجهالة أيضا المتفق على بطلان البيع إذا دخلت^(٣). والله أعلم.

٦- واستدل الكاسانى على عدم الجواز فى مذهبه بما استدل به على فساد البيع والشرط ، فقال: ثم فساد العقد بما ذكرنا من الشروط مذهب أصحابنا ... لما روى أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله - ﷺ - «نهى عن بيع وشرط»^(٤) والنهي يقتضى فساد المنهى ،

(١) الأم السابق ص ٦٠ باب الثنيا.

(٢) العسر بضم السين وكسر ضد اليسر. والمعاصرة ضد المياسرة ، والتعاسر ضد التياسر ، والمعسور ضد الميسور . مختار الصحاح ص ٢٢٧ باب العين. ولعل صاحب الجامع وصف الاستثناء بهذا الوصف لما قد يترتب عليه من مشاحنات وضيق.

(٣) الجامع لابن بركة ج ٢ ص ٣٧٨ ، وانظر. نتائج الأقوال ج ٢ ص ٥٣ ، الإيضاح وجاشيته ج ٥ ص ٨٠ ، ٨١ ، شرح النيل ج ٨ ص ١٥٠ ، ١٥١.

(٤) سبق تخريجه فى ص ٦٥٣ من البحث.

فيبدل علي فساد كل بيع وشرط إلا ما خص عن عموم النص ، ولأن هذه الشروط بعضها فيه منفعة زائدة ترجع إلى العاقدين ، أو إلى غيرهما ، وزيادة منفعة مشروطة في عقد البيع تكون ربا ، والربا حرام ، والبيع الذي فيه ربا فاسد ، وبعضها فيه غرر ، ونهى رسول الله - ﷺ - عن بيع فيه غرر ، والمنهي عنه فاسد ... (١).

وبيع الثمرة على رؤوس النخل واستثناء صاع منها عما يتصل بالشروط المفسدة للبيع للغرر (٢). وقالوا: لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول ، وهذه الجهالة تفضي إلى النزاع إذ المشتري يطالب بالأجود ، والبائع يسلم الأرءأ. على أنه يحتمل أن الموجود ليس إلا هذه الأبطال المستثناءة (٣) وفي الهداية «لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول» قال الباهرتي: المجهول لا يرد عليه العقد (٤) وعبارة الكمال «لأن الباقي بعد اخراج المستثنى غير مشار إليه ، ولا معلوم الكيل المخصوص فكان مجهولا» (٥).

وفي ابن عابدين «أن الباقي بعد الاستثناء مجهول ، ولجواز أن لا يكون إلا ذلك القدر المستثنى فيكون استثناء الكل من الكل» (٦).

وعبارة الزيلعي «لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول ، وربما لا يبقى بعده شيء فيخلو عن الفائدة ، أو يكون رجوعا عن العقد قبل القبول فيصح رجوعه» (٧).

(١) بدائع الصنائع ج٥ ص ١٧٥.

(٢) فعند كلام الكاساني عن شروط صحة البيع والتي منها «الخلو عن الشروط الفاسدة» كاشتراط ما يؤدي إلى وجود الغرر. قال الكاساني: ويتصل بالشروط المفسدة ... مالو باع الثمرة على رؤوس النخل واستثنى منها صاعا. البدائع السابق.

(٣) شرح الكفاية ج٥ ص ٤٩٢ ، ٤٩٣.

(٤) الهداية وشرح العناية ج٥ ص ٤٩٣.

(٥) شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩٢.

(٦) حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤٢ ، مجمع الأنهر ج٢ ص ٢٠.

(٧) تبين الحقائق ج٤ ص ١٢.

وقد قال فى الفتح: أن عدم الجواز أقيس بمذهب الامام فى مسألة بيع الصبرة ، أي بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه أفسد البيع وقت العقد ، وهو لازم فى استثناء أرطال معلومة على الأشجار ، وإن لم يفض إلى المنازعة^(١).

قال الشلبى فى حاشيته «قال الكمال: الا أن عدم الجواز أقيس بمذهب أبى حنيفة فى مسألة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه أفسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد ، وهو لازم فى استثناء أرطال معلومة مما على الأشجار ، وإن لم يفض إلى المنازعة»^(٢).

المناقشة:

أ- أما قول الكمال: أن عدم الجواز أقيس بمذهب الامام فى مسألة بيع الصبرة ، فالجواب عنه كما فى الدر «قلت: وأجيب بأن الفساد عنده فى بيع الصبرة لجهالة الثمن ، وههنا الثمن معلوم فافترقا»^(٣).

ب- قال الباهرى: واعترض بأن الجهالة المانعة من الجواز ما كانت مفضية إلى النزاع وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا تكون مانعة^(٤).

وقال الزيلعى: قلنا: هذه الجهالة لاتفضى إلى المنازعة لأن المبيع معلوم بالاشارة ، وجهالة قدره لايمنع جواز البيع فى المشار إليه. ألا ترى أن بيعه مجازفة جائز. وإن كان مجهول القدر ، وهذا هو بعينه لأنه جزاف فيما بقى بعد الثنيا^(٥).

(١) شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩٣ ، وانظره فى حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤٣ ، والدر

المنتقى ج٢ ص ١٩ ، ومجمع الأنهر ج٢ ص ٢٠.

(٢) حاشية الشلبى على تبين الحقائق ج٤ ص ١٢ ، ١٣.

(٣) الدر المنتقى ج٢ ص ٢٠.

(٤) شرح العناية ج٥ ص ٤٩٢.

(٥) تبين الحقائق ج٤ ص ١٢.

وأجيب: بأننا لانسلم أنها ليست مفضية إلى النزاع فربما كان البائع يطلب صاعا من الثمر أحسن ما يكون والمشتري يدفع إليه ما هو أردأ الثمر فيبفضى إلى النزاع. سلمنا ذلك لكن بجواز تراضيهما على شئ منه قد لا يكون الثمر إلا قدر المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة فلا يصح كما لا يصح مثله في المضاربة بهذا المعنى. وعن هذا قال بعض الشارحين يشير إلى هذا «قوله: أوطالا معلومة»^(١).

وقال الكمال «فالحاصل أن كل جهالة مفضية إلى المنازعة مبطللة ، فليس يلزم أن مالم يفضى إليها يصح معها بل لا بد من عدم المفضية إلى المنازعة في الصحة من كون البيع على حدود الشرع ، ألا ترى أن المتبايعين قد يتراضيان على شرط لا يقتضيه العقد ، وعلى البيع بأجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك مصححا»^(٢).

ج- أما القول بأنه ربما لا يبقى بعد الاستثناء شئ فيكون استثناء الكل من الكل فيخلو العقد عن الفائدة ، أو يكون رجوعا عن العقد قبل القبول فيصح رجوعه فهذا القول مردود عليه. يقول الزيلعي: قلنا: الاستثناء تصرف لفظي فيعتبر فيه صحة الكلام ، فإذا صح تم الكلام وصار مفيدا ، ولا يكون رجوعا ، ولو خرج الكل بذلك الطريق لأنه يتوهم البقاء ، ألا ترى أنه لو قال: نسائي طوالت إلا فلانة وفلانة ، أو قال: عبيدي أحرار إلا فلانا وفلانا حتى لو أخرج الكل بهذا الطريق صح ولا يكون رجوعا ، وإنما يكون رجوعا إذا كان بلفظه بأن قال: عبيدي أحرار إلا عبيدي ، أو نسائي طوالت إلا نسائي حيث لا يصح هذا الكلام ويلغو ويقع الطلاق والعتاق على الجميع ، فكذا هنا لا يكون رجوعا إلا إذا قال: بعتك هذه الثمار إلا هذه الثمار^(٣).

(١) أي قول صاحب الهداية. أنظر شرح العناية ج٥ ص ٤٩٢.

(٢) شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩٣ ، وانظر حاشية الشلبي ج٣ ص ١٢ ، ١٣.

(٣) تبين الحقائق ج٤ ص ١٢.

ويقول البايرتي: أنه لا يخلو إما أنه بقي شيء بعد الاستثناء أو لا ، وكل من التقديرين يقتضى صحة العقد. أما الأول: فلأن الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوما. سلمنا أن الباقي غير معلوم وزنا لكن ذلك ليس بشرط إلا إذا باع موازنة ، وليس الفرض ذلك فجاز أن يكون البيع فى الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة.

وأما الثانى: فلأنه يكون حينئذ استثناء الكل من الكل فيبطل الاستثناء ويجوز البيع. وأجيب بأن هذا باعتبار المآل ، وأما فى الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شيء أو لا فصار مجهولا. وفيه نظر. لأنها ليست مفضية إلى النزاع فهو أول المسألة^(١).

رأى الكمال:

وقد استشعر الكمال بن الهمام ضعف التعليل للمنع بهذه العلة المعترض عليها ومن ثم استبعدا حيث يقول: وأما ما قيل فى توجيه المنع: لعل المبيع لا يبلغ إلا تلك الأبطال فبعيد ، إذ المشاهدة تفيد كون تلك الأبطال لا تستغرق الكل ، وإلا فلا يرضى المشتري حينئذ بذلك الاستثناء^(٢).

دليل القول الثانى: استدل من قال بجواز بيع الثمار على رؤوس الأشجار مفردة واستثناء مكيلة منها بالسنة ، والاجماع ، والأثر ، والقياس ، والمعنى.

أولا: السنة:

استدلوا بحديث النهي عن الثنيا إلا أن تعلم^(٣) قالوا: وهذه ثنيا معلومة. وحمل المالكية النهي عن الثنيا على ما فوق الثلث.

(١) شرح العناية ج٥ ص ٤٩٢ ، ٤٩٣.

(٢) شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩٣ ، حاشية الشلبى ج٤ ص ١٢ ، ١٣.

(٣) سبق تخريجه، ص ٦٨٨.

يقول ابن قدامة «إذا باع ثمرة بستان واستثنى صاعا أو أصعا ، أو مدا ، أو أمدادا ... لم يجز. وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه يجوز ، وهو قول ابن سيرين وسالم بن عبد الله ومالك. لأن النبي - ﷺ - نهى عن الثنيا إلا أن تعلم. رواه الترمذي وقال: هذا حديث حسن صحيح»^(١).

ويقول الزركشى مستدلا لرواية الصحة في مذهبه «أحداها الصحة اعتمادا على الحديث إذ الثنيا والحال هذه معلومة»^(٢).

وفي بداية المجتهد «وكذلك اختلفوا إذا استثنى البائع مكيلة من حائط. قال أبو عمر بن عبد البر: وأما مالك وسلفه من أهل المدينة فإنهم أجازوا ذلك في الثلث فمادون ، ومنعوه فيما فرقه. وحملوا النهي عن الثنيا على مافوق الثلث»^(٣).

وقال الصنعاني «وظاهر الحديث أنه إذا علم القدر المستثنى صح مطلقا»^(٤).

أقول: ووجهه أن العلم في الحديث متعلق بالقدر المستثنى لا بما بقي.

المناقشة:

ويمكن أن يناقش هذا بأن المستثنى وإن كان معلوما ، فإن الباقي بعد الاستثناء مجهول ، والجهالة هذه غرر في البيع ، وهو مبطل للبيع للنهي عنه ، وعليه فإنه لا يكفي في صحة الاستثناء كون المستثنى وحده معلوما بل لابد أن يكون المستثنى منه كذلك عملا بجميع الأدلة.

وأما حمل المالكية النهي على مافوق الثلث فسيأتي الكلام عنه.

(١) المغنى ج٤ ص ٢٣١ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٣٤.

(٢) شرح الزركشى ج٢ ص ٥١٧.

(٣) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٤٨.

(٤) سهل السلام ج٢ ص ١٩.

ثانياً: الإجماع:

يقول الزركشى مستدلاً لرواية الصحة في مذهبه «وقد قيل: انه اجماع أهل المدينة»^(١).

ثالثاً: الأثر: وهو المالكية:

١- «مالك عن ربيعة بن عبد الرحمن. أن القاسم بن محمد كان يبيع ثمر حائطه ويستثنى منه»^(٢).

وهذا يحتمل أوجه ثلاثة جائزة عند المالكية. يقول الباجي . في قوله «ويستثنى منه»: يحتمل أن يريد به كيلاً ، ويحتمل أن يريد جزءاً شائعاً ، ويحتمل أن يريد نخلات يختارها^(٣).

٢- «مالك عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة أن أمه عمرة بنت عبد الرحمن كانت تباع ثمارها وتستثنى منها»^(٤).

قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا أن الرجل إذا باع ثمر حائطه له أن يستثنى من ثمر حائطه ما بينه وبين ثلث الثمر لا يجاوز ذلك ، وما كان دون الثلث فلا بأس بذلك^(٥).

قال الباجي: وهذا كما قال إن مذهب أهل المدينة على ما ذكره ، أن من باع ثمرة حائطة جزافاً ، فإن له أن يستثنى منه كيلاً ما بينه وبين الثلث

(١) شرح الزركشى ج٢ ص ٥١٧ ، ولاحظ نص ابن عبد البر السابق ذكره عن بداية المجتهد وسيأتي في استدلال المالكية ما يفيد هذا أيضاً.

(٢) الموطأ مع المنتقى ج٤ ص ٢٣٦ ، ورواه الشافعي في الأم ج٢ ص ٦٠ مجلد / ٢ باب الثنيا.

(٣) المنتقى ج٤ ص ٢٣٧.

(٤) الموطأ مع المنتقى السابق. رواه الشافعي في الأم ج٢ ص ٦٠ مجلد / ٢ باب ١١

(٥) الموطأ السابق.

خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما لا يجوز أن يستثنى منه قليلا ، ولا كثيرا^(١).

٣- «مالك عن عبد الله بن أبي بكر أن جده محمد بن عمرو بن حزم باع ثمر حائط له يقال له الأفراق بأربعة آلاف درهم واستثنى منه^(٢) بثمانمائة درهم تمرا»^(٣) ورواه الشافعي عن مالك بسنده ، لكن فيه «... تمرا أو تمرا. أنا أشك»^(٤).

يقول الباجي في قوله «بثمانمائة درهم»: لا يخلو أن يكون استثنى منه جزءا شائعا على مثل هذا الفرز ، أو استثنى منه على كيل معلوم بسعر معلوم قدره ، فإن كان استثنى منه جزءا شائعا فذلك ما قدمنا^(٥) لأنه استثنى منه الثلث الخمس وإن كان استثنى منه على الكيل بسعر متقرر فيجوز أن يستثنى منه قدر الثلث فأقل من الثمرة ، ولا ينظر إلى الثمر ، لأنه لو تقدر هذا بالثمر لجاز أن يستثنى منه الأكثر وذلك غير جائز^(٦).

٤- استدلل ابن حزم للمالكية بأثر عن ابن عمر. يقول ابن حزم: قال أبو محمد: واحتج المالكيون بما روينا من طريق عبد الرزاق ... أن الزبير بن عدي قال: سمعت ابن عمر ، وهو يبيع ثمرة له فقال: أبيعكموها بأربعة آلاف وطعام القيان^(٧) الذي يعملونها»^(٨).

٥- واستدل لهم أيضا بما رواه من طريق ابن أبي شيبه عن سالم بن

(١) المنتقى ج٤ ص ٢٣٧.

(٢) قوله: واستثنى منه: يريد من ثمره ، المنتقى ج٤ ص ٢٣٧.

(٣) الموطأ مع المنتقى السابق ، ورواه ابن حزم في المحلى ج٧ ص ٣٥٠ مسألة ١٤٦١.

(٤) الأم ج٣ ص ٦٠ مجلد ٢ باب الثنبا.

(٥) وسيأتى في صورة استثناء جزء شائع.

(٦) هكذا لفظ المنتقى ج٤ ص ٢٣٧.

(٧) القيان: الغلمان ، وقد سبق، هامش ص ٧٠٢.

(٨) المحلى ج٧ ص ٣٥٠ مسألة ١٤٦١.

عبد الله بن عمر: أنه كان لا يرى بأساً أن يبيع ثمرته ويستثنى منها مكيلة معلومة. وبما رواه من طريق مالك عن محمد بن عمرو بن حزم الذي تقدم. ثم قال: وما نعلم لهم غير ذلك^(١).

٦- وبالأثار المتقدمة استدل المالكية أيضا على الصحة في الثلث وما دونه ، وقالوا: هو ما عليه عمل أهل المدينة ، وعمل أهل المدينة عندهم حجة ، وانما جاز هذا المقدار دون ما فوقه لأن ما زاد عنه يكثر به الغرر فلا يجوز^(٢).

يقول الباجي «والدليل على صحة مذهب مالك: أن هذا الاستثناء لا يدخل غررا في المبيع فلم يمنع صحة العقد»^(٣).

ويقول عند قول مالك «ما بينه وبين ثلث الثمرة لا يجاوز ذلك»: يريد أن استثناء ما زاد على قدر ثلث الثمرة بالكيل يكثر به الغرر فلا يجوز ذلك^(٤).

وقال اصبيغ: وله أن يستثنى ذلك بسرا ، أو رطبا ، أو تمرا. ووجه ذلك أن المستثنى يبقى على ملك البائع فلا يفسده بقاؤه على ملك البائع ، لا يفسد للجهل بماله. أصل ذلك سائر أملاكه^(٥).

(١) المصدر السابق.

(٢) انظر بداية المجتهد ج٢ ص ٢٤٨ في نقله كلام ابن عبد البر. وانظر شرح الزركشى ج٢ ص ٥١٧ ، وشرح مسلم للنووي ج١٠ ص ١٩٥ ، وقد مر قول مالك «الأمر المجتمع عليه عندنا أن الرجل إذا باع ثمر حائطه له أن يستثنى من ثمر حائطه ما بينه وبين ثلث الثمرة لا يجاوز ذلك».

(٣) المنتقى ج٤ ص ٢٣٧.

(٤) المصدر السابق ص ٢٣٨.

(٥) المصدر السابق ص ٢٣٧.

المناقشة:

ناقش ابن حزم استدلال المالكية بهذه الآثار فقال: وأما المكان الذي اختلف فيه بما ذكرنا ، فان المالكين منعوا من بيع جملة إلا ثلثيها ، وقالوا: لايجوز الاستثناء إلا فى الأقل.

قال على: وهذا باطل لأنه لم يوجب ماقالوه ، لاقرآن ، ولاسنة ، ولارواية سقيمة ، ولاقول صاحب ، ولاقياس ، ولا رأى له وجه ، ولا لغة أصلا.

وأىضا فان استثناء الأكثر أو الأقل إنما هو منع بعض الجملة فقط دون سائرهما ولاخلاف فى جواز هذا ، وهو الذي منعوا منه نفسه بعينه^(١).

ثم يقول فى أثر ابن عمر: هم أول مخالف لها ، لأن طعام القيان إن كان مستثنى من الثمرة فهو محمول لايدرى ما يكون نوعه ، ولا مقدار ما يكون. فان كان مضافا على المشتري إلى الثمن فكذلك أيضا. والمالكيون لايجيزون شيئا من هذين الوجهين ، فقد خالفوه ، والصحيح عن ابن عمر مثل قولنا.

وأما حديث سالم فيقول عنه: حديث سالم لم يخص ثلثا من أقل ولا من أكثر ، والمالكيون لايجيزون أكثر من الثلث - فقد خالفوه.

وأما حديث محمد بن عمرو بن حزم فيقول عنه: قائما استثنى من ثمر باعه بأربعة آلاف قمرا بثمانمائة درهم ، وهم الخمس ، قائما استثنى خمس ماباع ، وهذا جائز حسن.

قال ابن حزم بعد ذكره لما تقدم: فلاح أنه لاسلف لهم أصلا فيما قالوه من ذلك^(٢).

(١) المحلى ج٧ ص ٣٤٨ مسئلة ١٤٦١.

(٢) المصدر السابق ص ٣٥١ نفس المسألة.

وأقول: لو سلمنا بصحة البيع والاستثناء لن نسلم القول بالثلث وما دونه لأن ظاهر حديث النهى عن الثنيا الصحة مطلقا.

يقول الصنعاني «وظاهر الحديث أنه إذا علم القدر المستثنى صح مطلقا. وقيل: لا يصح أن يستثنى ما يزيد على الثلث»^(١).

رابعه: القياس:

١- استدل المجوزون بالقياس على استثناء الجزء المشاع المتفق على جوازه. ففي المغني والشرح «أنه استثنى معلوما أشبه ما إذا استثنى منها جزءا مشاعا»^(٢). وفي المنتقى «أصل ذلك إذا استثنى جزءا شاعا»^(٣).

وفي البدائع «ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى أنه يجوز ، لأنه استثنى ما يجوز بافراده بالبيع ، فأشبهه ما إذا باع جزءا مشاعا من الثلث والرابع»^(٤).

وفى الحاوي «وقال مالك: هو بيع جائز ، لأنه لما جاز استثناء ربعها ، والرابع مجهول الكيل كان استثناء ما هو معلوم الكيل أولى بالجواز»^(٥).

المناقشة:

قال ابن عابدين «قلت: ووجهه أن ما يقدر بالرطل شئ معين ، بخلاف الربع مثلا فإنه غير معين بل هو جزء شائع»^(٦).

وأیضا كما يقول ابن قدامة «أنه يخالف الجزء ، فان استثناء الجزء

(١) سبل السلام ج٣ ص ١٩.

(٢) المغنى ج٤ ص ٢٣١ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٣٤.

(٣) المنتقى ج٤ ص ٢٣٧.

(٤) بدائع الصنائع ج٥ ص ١٧٥.

(٥) الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٤٣.

(٦) حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤٢.

لا يغير حكم المشاهدة ولا يمنع المعرفة بها» (٦١).

وأيضاً فإن المعانى التى منع الجواز من أجلها ومنها: أنه يجوز أن تهلك الثمرة إلا قدر ما استثنى فيختلفان هل هو المبيع أم المستثنى؟ مثل هذا المعنى مأمون فى استثناء جزء شائع. قال الماودرى بعد ذكره لهذا ونحوه «وهذا مأمون فى استثناء جزء شائع منها ، لأن التالف منها والباقى فيها» (٢).

٢- القياس على الصبرة «قال أبو عمر بن عبد البر: وشبهوا بيع ماعدا المستثنى ببيع الصبرة التى لا يعلم مبلغ كيلها فتباع جزافاً ، ويستثنى منها كيل ما» (٣).

المناقشة:

ويناقش بأن هذا الأصل مختلف فيه. يقول ابن رشد «هذا الأصل أيضاً مختلف فيه ، أعنى اذا استثنى منها كيل معلوم» (٤).

٣- القياس على الثمرة المجذوة. فى شرح الطحاوى قال «إذا باع الثمرة على رؤوس النخيل إلا صاعاً منها يجوز البيع ، لأن المستثنى معلوم كما إذا كان الثمر مجذوذاً موضوعاً على الأرض فباع الكل إلا صاعاً يجوز، وهذا يدل على أن الحكم فيهما سواء» (٥).

ويقول الكاسانى «ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى أنه يجوز» ثم ذكر له القياس على المجذوذ فقال «وكذا لو كان الثمر مجذوذاً.

(١) المغنى ج٤ ص ٢٣١ ، والشرح ج٤ ص ٣٤.

(٢) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٤٣.

(٣) بداية المجتهد ج٢ ص ٢٤٨.

(٤) المصدر السابق.

(٥) شرح العناية ج٥ ص ٤٩٢.

قباع الكل واستثنى صاعا يجوز ، وأي فرق بين المجذوذ غير المجذوذ»^(١).

٤- القياس على استثناء شجرة معينة. فلو باع بستانه واستثنى شجرة معينة جاز باتفاق ، فكذا هذا.

المناقشة :

نوقش بأن قياس مع الفارق. لأن الباقي بعد استثناء المكيلة مجهول، بخلاف ما إذا باع واستثنى نخلا معينة لأن الباقي معلوم بالمشاهدة كم هي شجرة أو نخلة^(٢).

قال في الفتح «ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أرطال معلومة خلا للمالك ... أجازة قياسا على استثناء شجرة معينة».

ثم ناقشه فقال «قلنا: قياس مع الفارق لأن الباقي بعد إخراج المستثنى غير مشار إليه ولا معلوم الكيل المخصوص فكان مجهولا ، بخلاف الباقي بعد إخراج الشجرة فإنه معلوم مفرز بالاشارة»^(٣).

٥- القياس على سواقط الشاة. استدل القاضى ومن نحا نحوه من الحنابلة على صحة استثناء أرطال معلومة من الشجرة بالقياس على سواقط الشاة.

«وإن باع شجرة أو نخلة واستثنى أرطالا معلومة ... وقال القاضى فى شرحه يصح لأن الصحابة رضى الله عنهم أجازوا استثناء سواقط الشاة»^(٤).

(١) بدائع الصنائع ج٥ ص ١٧٥.

(٢) الهداية وشرح العناية ج٥ ص ٤٩٣ ، تبين الحقائق ج٤ ص ١٢ ، الاختيار ج٢ ص ٧.

(٣) شرح فتح القدير ج٥ ص ٤٩٢.

(٤) المغنى ج٤ ص ٢٣١ ، والشرح الكبير ج٤ ص ٣٤ ، وانظر الانصاف ج٤ ص ٣٠٥.

المناقشة:

قال ابن قدامة «والصحيح ما ذكرناه ، وهو أشبه بمسألة الصاع من الحائط ، وإليها أقرب ، والمعنى الذي ذكرناه فيها متحقق ههنا فلا يصح»^(١).

أقول: أي أن الأقرب قياس مسألة استثناء الصاع من الشجرة على استثناء الصاع من البستان -وحكمها البطلان على الصحيح- أما القياس على سواقت الشاة فبعيد.

خامسا: المعنى:

١- ان الجهالة هنا يسيرة فتغترف. قاله القاضى فى استثناء صاع من شجرة. «واختلف الأصحاب فيما إذ باع نخلة واستثنى منها صاعا ونحو ذلك ، فأجرى أبو محمد -ابن قدامة- فيه الخلاف. وقطع القاضى فى شرحه وفى جامعه الصغير بالصحة معللا بأن الجهالة هنا يسيرة فتغترف»^(٢).

٢- قيل ينبغى أن يجوز البيع على كل حال لأنه ان بقى شئ بعد إخراج المستثنى فظاهر ، وإن لم يبق شئ يكون الاستثناء باطلا لأنه مستغرق ، فبقى الكل مبيعا^(٣).

المناقشة:

ناقشه الكمال بأن هذا القول لا يرد. لأن ورود هذا إنما على التعليل بجواز أن لا يبقى بعد الاستثناء شئ.

وتعليل المصنف -صاحب الهداية- إنما بجهالة المبيع ، وهو يوجب

(١) المغنى والشرح السابق.

(٢) شرح الزركشى ج ٣ ص ٥١٨ ، ٥١٩.

(٣) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٣ ، وانظر. شرح العناية ج ٥ ص ٤٩٢ ، ٤٩٣.

الفساد وإن ظهر ارتفاعها بالآخرة واتفق أنه بقى مقدار معين لأن الجهالة القائمة قبل ذلك فى الحال هي المفسدة^(١).

أقول: فالكمال يرى أن هذا الإراد إنما يرد على تعليل عدم الصحة بأنه ربما لا يبقى بعد الاستثناء شئ ، وهذا تعليل ضعيف. وقد مر فى مناقشة أدلة القول الأول أن الكمال يرفض التعليل به ، والتعليل الصحيح هو جهالة المبيع بعد الاستثناء كما ذهب صاحب الهداية.

٣- قال المجوزون من الحنفية: أن المبيع صار معلوما بالإشارة ، والمستثنى معلوم بالعادة ، فوجب القول بجوازه^(٢).

قال دأمار أفندى «صح البيع والاستثناء فى ظاهر الرواية وهو مذهب مالك لأن المستثنى معلوم بالعبارة ، والمبيع معلوم بالإشارة ، وجهالة قدره لا تمنع الجواز. ألا ترى أن بيعه مجازفة جائز ، والأصل أن ما جاز إيراد العقد عليه بانفراده جاز استثناءه وإلا فلا»^(٣).

٤- استند المجوزون من الحنفية إلى القاعدة أو الضابط أو الأصل^(٤) المصرح به فى ظاهر الرواية «كل ما جاز إيراد العقد عليه بانفراده جاز استثناءه ، ومالا ، فلا»^(٥).

قالوا: وبيع أرطال معلومة من الشمار جائز فكذا استثناءها. ونظيره جواز استثناء قفيز من صبرة ، وشاة معينة من قطيع ، وثمر شجر معين من بستان كما يجوز إيراد العقد عليها ، لا استثناء أطراف الحيوان ، وشاة غير

(١) شرح فتح القدير السابق.

(٢) تبين الحقائق ج ٤ ص ١٢.

(٣) مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٩.

(٤) هم يعبرون بالثلاثة ألفاظ.

(٥) سبق هذا الضابط فى أول مسألة الاستثناء.

معينة كما لا يجوز إيراد العقد عليها^(١).

الراجع:

بعد عرض الأقوال والأدلة والمناقشة في صورة استثناء مكيلة من ثمار بيعت مفردة على الجزاف تطمئن النفس إلى ماذهب إليه أكثر الفقهاء وهم أصحاب القول الأول من عدم صحة البيع والاستثناء ، سواء كان المستثنى قليلا أو كثيرا فهذا القول من وجهة النظر ، قد نظر إلى أحاديث الثنيا ، وأحاديث النهى عن الفرر فالمستثنى إذا كان معلوما صح البيع بشرط أن يكون المستثنى منه معلوما أيضا ، أما إذا كان المستثنى منه مجهولا كما في مسئلتنا فهنا يجب النظر إلى أحاديث النهى عن الفرر القاضية ببطلان العقد حتى ولو رضى العاقدان به لأن الجهالة حتما مؤدية إلى النزاع فالمشتري يطالب بالأجود ، والبائع يسلم الأردأ ، وهكذا إلى آخر المعانى التى سبق ذكرها.

أما التحديد بالثلث فما دونه فليس له دليل إلا عمل أهل المدينة وهو حجة للقاتل به ، فضلا عن أن ابن حزم رد الاستدلال بالأثار التى عول عليها فيه.

(١) الهداية وشروحها ج٥ ص ٤٩٣ ، الدر المتقى ومجمع الأنهر ج٢ ص ١٩ ، ٢٠ ، تبين الحقائق ج٤ ص ١٢ ، بدائع الصنائع ج٥ ص ١٧٥ ، الاختيار ج٢ ص ٧ ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج٤ ص ٤٢ .

قال فى شرح الكفاية ج٥ ص ٤٩٣ ، ٤٩٤ «وهذا لأن الاستثناء استخراج بعض مايتناوله الكلام فى حق الحكم فانما يصح فى محل يمكن اثبات حكم الكلام فيه مقصودا ، وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناءه ، وبيع الحمل وأطراف الحيوان لايجوز فكذا استثناءه ، وهذا لأن الحكم فيه ثبت بعله الأصل فلا يستقيم استخراجه عن العقد ، والدليل الموجب فى حقه قائم» .

وفى شرح العناية ج٥ ص ٤٩٣ «وهذا لأن الاستثناء يقتضى أن يكون المستثنى معلوما مقصودا ، وافراد العقد يقتضى أن يكون المعقود عليه معلوما مقصودا فتشاركما فى القصد والعلم ، فما جاز أن يقع مقعودا عليه بانفراده جاز وبالعكس» .

الصورة الخامسة: الاستثناء إذا كان الحائط أنواعا:

إن كان فى الحائط أنواعا كثيرة فاستثنى منه من كل نوع قدر ثلثه جاز ذلك. وإن استثنى من نوع من أنواعه أكثر من ثلثه إلا أنه أقل من ثلث الجملة. روى فى العتبية أشهب عن مالك: له أن يستثنى منه قدر ثلث الثمرة المبيعة. ومنع من ذلك ابن القاسم وأشهب ، ورواه ابن المواز عن مالك.

وجه الرواية الأولى: أن الاعتبار بثلاث الحائط فى الاستثناء لأن الغرر إنما يبقى فى الكيل دون القيمة ولا يبقى هذا أكثر منه استثناء من أفضل أنواع الحائط.. وتلك صفة رضىها المتاع لا تدخل غررا فى الكيل والقدر ، فوجب أن يصح.

وجه الرواية الثانية: أن الغرض قد يكون فى نوع منه ويشتري الجملة لأجله ، وإذا استثنى منه كيلا أكثر من ثلثه أدخل غررا فى المقصود من البيع وربما استثنى منه ما يقصر عنه جميعه.

وهذا كله عند المالكية^(١). وقال الماوردي من الشافعية: فلو قال بعثك ثمرة هذا النخل إلا النوع المعقلى ، فإن شاهدا المعقلى المستثنى وعلمنا قدره ، صح البيع ، وإن جهلاه فسد^(٢).

الصورة السادسة: إذا كان المستثنى شائعا معلوما بالنسبة كالربع ونحوه:

إذا باع ثمار بستانه واستثنى منها جزءا شائعا كالربع ، والثلث ونحو ذلك فإن للفقهاء فى حكمه قولان. قول بالجواز ، وقول بعدم الجواز.

(١) المنتقى ج٤ ص ٢٣٧.

(٢) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٤٤.

والقائلون بالجواز اختلفوا فى استثناء النصف فما فوقه فأجازاه البعض ، ومنعه البعض^(١) .

واليك التفصيل:

القول الأول: لا يجوز هذا البيع وهو محكى عن الأوزاعى^(٢) وقال به من الخنابلة أبو بكر ، وابن أبى موسى ، وذكره الزركشى رواية عن الإمام أحمد^(٣) .

القول الثانى: هذا البيع جائز. حكاه النووي فى شرح مسلم اتفاقا للعلماء^(٤) وانت خبير بمن خالف من ذكرته فى القول الأول بالصحة هو قول

(١) أقول: اختلفت عبارات الكتب فى المقدار الشائع الذى يجوز استثناءه عند المحددين له فقد تفيد العبارة الواحدة أن النصف هو محل الخلاف كما تفيد أيضا أن محل الخلاف هو ما جاوز النصف. تلحظ ذلك فى عبارة المنتقى وعبارة شرح النيل ، وبعض العبارات تفيد القطع فى أن محل الخلاف هو النصف كما فى الإيضاح ، وكما فى المحلى لابن حزم ، تلحظ ذلك فى نصوصهم التى سنذكرها هنا. ولعل ما تظنون إليه النفس أن محل الخلاف هو النصف. إذ المقول استثناء القلة من الكثرة.

(٢) فى الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٤٢ «والمشاع أن يقول: بعتك ثمرة هذه الحانط إلا ربعها ... وقال الأوزاعى: هذا بيع باطل ، لأنه بيع على شرط الشركة» وفى حلية العلماء ج٢ ص ٥٥٢ «فان قال: بعتك ثمرة هذا البستان إلا ربعها ... وحكى عن الأوزاعى أنه لا يجوز ، وليس ذلك بصحيح».

(٣) فى المغنى والشرح «وان استثنى جزءا معلوما من الصبرة أو الحانط مشاعا كثلث أو ربع ، أو جزءا كسبعين أو ثلاثة أثمان صح البيع والاستثناء ... وقال أبو بكر وابن أبى موسى لا يجوز» المغنى ج٤ ص ٢٣١ ، والشرح ج٤ ص ٢٥ ، وفى الاتصاف ج٥ ص ٣٠٧ «لو استثنى مشاعا من صبرة أو حانط كثلث وربع أو جزء كثلثة أثمانه صح البيع والاستثناء ... وقال أبو بكر ، وابن أبى موسى لا يصح» وانظره فى شرح الزركشى ج٣ ص ٥١٨ .

(٤) يقول النووي «فلو قال بعتك هذه الأشجار إلا هذه الشجرة ، أو هذه الشجرة إلا ربعها ، أو الصبرة إلا ثلثها ، أو بعتك بألف إلا درهما وما أشبه ذلك من الثنيا المعلومة صح البيع باتفاق العلماء» شرح مسلم ج١٠ ص ١٩٥ .

الجمهور. قال به الحنفية مطلقا باتفاق^(١) والمالكية باتفاق فى أقل من النصف وأجازاه مالك وأصحابه فيما زاد على النصف ، ومنعه عبد الله بن الماجشون^(٢) وبالصحة مطلقا قال الشافعية^(٣) والحنابلة فى صحيح المذهب وقال فى الفروع: صح على الأصح^(٤) وقول ابن لا يرى بأ

(١) ولم أر للحنفية تقبيدا بالنصف. ففى الدر المختار «فإن استثنى جزءا كربع وثلاث فانه صحيح اتفاقا كما فى البحر والبدائع» الدر المختار بهامش رد المحتار ج٤ ص ٤٢. وانظر. نفس النص فى مجمع الأنهر ج٢ ص ٢٠.

وفى البدائع ج٥ ص ١٧٥ «أشار محمد فى الموطأ: لا بأس بأن يبيع الرجل ثمرة ويستثنى منها بعضها إذا استثنى شيئا فى جملته ربعا أو خمسا أو سدسا. قيد الجواز بشرط أن يكون المستثنى مشاعا فى الجملة».

(٢) فالمالكية يجهزون استثناء الجزء الشائع ولو زاد المستثنى على الثلث. وعبرة المنتقى قد يفهم منها أن الخلاف فى النصف فما فرقه ، وقد يفهم منها أنه فيما زاد على النصف يقول الباجي «فأما استثناء الجزء الشائع منه فانه جائز إن كان أقل من النصف ، وإن كان أكثر من النصف فالذي عليه مالك وأصحابه أن ذلك جائز أيضا. وعبد الملك بن الماجشون لا يبيح استثناء الأكثر من الجملة بوجه» المنتقى ج٤ ص ٢٣٧ ، وانظر. شرح الحرشى وحاشية العدوى ج٥ ص ٢٦ ، ٧٤ مجلد / ٣ ، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج٣ ص ٥٩ ، جواهر الأكليل ج٢ ص ٢٣.

(٣) فى تمة الابانة ج٤ ورقة ١٦٥ «إذا باع ثمار البستان واستثنى منها شيئا نظرنا. فإن استثنى ثمرة شجرة بعينها جاز ، وكذلك إذا استثنى جزءا شائعا مثل الثلث أو الربع» . وفى حلية العلماء ج٢ ص ٥٥٢ «فإن قال: بعثك ثمرة هذا البستان إلا ربعها صح...» وفى روضة الطالبين ج٣ ص ٢٥ «ولو باع الجملة واستثنى منها جزءا شائعا جاز. مثاله: بعثك ثمرة هذا البستان إلا ربعها وقدر الزكاة منها».

وفى الحاوى ج٦ ص ٢٤١ ، ٢٤٢ «والمشاع: أن يقول: بعثك ثمرة هذه الحائط إلا ربعها ، فهذا بيع صحيح ، ويكون المبيع ثلاثة أرباعها مشاعا ...».

وفى الأم «وإن باعه الحائط الأربعة أو نصفه أو ثلاثة أربعة ... فانما وقعت الصفقة على مالم يستثن ... وإذا استثنى ربع الحائط فانما وقعت الصفقة على ثلاثة أرباع الحائط ، والبايع شريك بالربع كما يكون رجال لو اشتروا حائطا مع شركاء فيما اشتروا من الحائط بقدر ما اشتروا منه» الأم ج٣ ص ٦٠ مجلد / ٢ باب الثنيا.

ومذهب الشافعى حكاه هكذا ابننا قدامة ، المغنى ج٤ ص ٢٣١ والشرح ج٣ ص ٣٥. (٤) فى المغنى والشرح «وإن استثنى جزءا معلوما من الصبرة أو الحائط مشاعا كثلث أو ربع أو أجزاء كسبعين أو ثلاثة أثمان صح البيع والاستثناء» ، ذكره أصحابنا وهو مذهب الشافعى» المغنى ج٤ ص ٢٣١ ، والشرح ج٤ ص ٣٥. (=)

الظاهري^(١) وهو قول الاباضية باتفاق فى أقل من النصف ، وفيما زاد على النصف قولان أصحهما بطلان الاستثناء ، وفى بطلان البيع قولان^(٢).

الأدلة:

دليل القول الأول: استدل من قال بعدم صحة البيع فى استثناء المشاع بالآتى:

١- أن الثنيا والحال هذه تفضى إلى جهالة المبيع. قال الزركشى:

(-) وفى الانصاف ج٤ ص ٣٠٧ «ولو استثنى مشاعا من صبرة أو حائط كثلث وربع أو جزء كثلثة أثمانه صح البيع والاستثناء على الصحيح من المذهب. قال المصنف والشارح: ذكره أصحابنا. قال فى القروع: صح على الأصح ...».

وفى كشف القناع ج٢ ص ١٦٩ «ولو استثنى مشاعا من صبرة أو من ثمرة حائط أى بستان منحوط بأحدهما كثلث أو ربع أو ثلاثة أثمان . صح البيع والاستثناء للعلم بالمبيع والثنيا» وانظره فى شرح الزركشى ج٢ ص ٥١٨.

(١) «وإنما الحلال فى ذلك أن يستثنى من الجملة إن شاء أى جملة كانت حيوانا أو غيره ، أو من الثمرة نصف كل ذلك مشاعا ، أو ثلثى كل ذلك أو أكثر أو أقل جزءا مسمى منسوبها مشاعا فى الجميع» المحلى ج٧ ص ٣٤٦ ، ٣٤٧ مسألة ١٤٦١.

(٢) فى شرح النيل ج٨ ص ١٥١ «والمستثنى إما شائعا أو معينا ، والأول كبيع هذا الغلام أو الدابة أو الأرض أو نحو ذلك إلا ثلثه أو ربعه أو نحوه من الكسور التى هى أدون من ذلك كالخمس والسادس فصاعدا جائز ، وفى استثناء النصف وأكثر قولان ، ومثبته يثبت البيع كما وقع ، ونافيه يبطله ، وأصحابنا على نفيه فى أكثر من النصف لكن اختلفوا هل يبطل البيع أو يصح ويبطل الاستثناء؟» وفى ص ١٥٣ «وجاز استثناء تسمية من ثمار أوزرع» واستثناء التسمية هو استثناء مشاع ، كما هو فى بيع التسمية.

وفى الإيضاح ج٥ ص ٨١ ، ٨٢ «واعلم أن المستثنى لا يخلو إما أن يكون شائعا أو معينا ، فالشائع هو أن يبيع الرجل هذا الغلام أو هذه الدابة أو الأرض وما أشبه ذلك من جميع ما يجوز فيه بيع التسمية إلا ثلثه أو رابعة أو خمسة أو ما هو أقل من النصف هذا جائز. واختلفوا فى استثناء النصف قال بعضهم: يجوز استثناءه ، وقال بعضهم: لا يجوز

«....»

أقول: يلاحظ أن صاحب شرح النيل وصاحب الإيضاح هما من الاباضية المغاربة ، ومن ثم فتأثرهم بمذهب قومهم أعنى بمذهب المالكية واضح جدا.

وبيانه أن المبيع والحال هذه إنما علم بالمشاهدة وبعد اخراج المستثنى تختل المشاهدة^(١).

ورده ابنا قدامة كما سبق في استثناء مكيلة^(٢).

٢- قال الأوزاعي: هذا بيع باطل لأنه بيع على شرط الشركة.

ورده الماوردي بقوله: وهذا خطأ من وجهين: أحدهما: أنه لو قال: بعتك ثلاثة أرباعها صح ، وكذا فلو قال: بعتكها إرباعها ، لأن المعقود عليه في الحالتين ثلاثة أرباعها.

والثاني: أن لو كان الاستثناء عشر المساكين جاز ، وإن كان المستحق مجهول العين فأولى أن يجوز الاستثناء لنفسه لأن مستحقه معين^(٣).

ولذلك قال الشاشي في الحلية «وحكى عن الأوزاعي أنه لا يجوز ، وليس ذلك بصحيح»^(٤).

دليل القول الثاني: استدلال الجمهور على صحة البيع والاستثناء بالآتي:

١- اعتمدوا على الحديث «نهى عن الثنيا إلا أن تعلم» قالوا: والثنيا والحال هذه معلومة^(٥) ويقول البهوتي «صح البيع والاستثناء للعلم بالمبيع والثنيا»^(٦).

(١) شرح الزركشي ج٢ ص ٥١٨.

(٢) راجع ما سبق في استثناء مكيلة. وانظر. المغنى ج٤ ص ٢٣١ ، والشرح ج٤ ص ٣٤.

(٣) الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٤١ ، ٢٤٢.

(٤) حلية العلماء ج٢ ص ٥٥٢.

(٥) شرح الزركشي ج٢ ص ١٧.

(٦) كشاف القناع ج٢ ص ١٦٩ ، وانظر. المحلى لابن حزم ج٧ ص ٣٤٧ ، ٣٤٩ مسألة

ويقول ابننا قدامة: ولنا: أنه لا يؤدي إلى جهالة المستثنى ولا المستثنى منه فصح كما لو اشترى شجرة بعينها ، وذلك لأن معنى بعتك هذه الصبرة إلا ثلثها أي بعتك ثلثيها. وقوله: إلا ربعها ، معناه: بعتك ثلاثة أرباعها^(١).

٢- قيل: أنه إجماع أهل المدينة^(٢).

٣- استدل القاضي للامام مالك وأصحابه بقوله: ووجه قول مالك: أن الغرض معلوم من ذلك عار من الغرر ، فوجب أن يصح ، لأنه إذا قال له: أبيعك هذا الحائط إلا تسعة أعشاره ، فالمفهوم بعتك عشره وذلك جائز. وهذا الخلاف يرجع إلى اللفظ^(٣).

٤- استدل من قال بعدم الجواز إن كان المستثنى زائدا عن النصف بأن الاستثناء ، المعقول منه استثناء القلة من الكثيرة كقوله تعالى: ﴿فبعزتك لا أخوينهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين﴾^(٤). قال الشماخني بعد ذكره ماتقدم «ولذلك اختلفوا في استثناء النصف»^(٥). أي النصف يصادم معقول الاستثناء.

ومما تقدم لافرق بين القليل والكثير عن النصف عند الجمهور. والمخالف هو عبد الملك بن الماجشون ، والاباضية في قول.

هذا وقد أورد ابن حزم عدة آثار بعضها يكره استثناء النصف ، والبعض الآخر لا يرى به بأسا ، ورد قول المكرهين.

(١) المفتى ج٤ ص ٢٣١ ، والشرح ج٤ ص ٣٥ ، شرح الزركشي ج٣ ص ٥١٨ ، الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٤٢ ، الأم ج٣ ص ٦٠ مجلد ٢ باب الثنيا.

(٢) شرح الزركشي ج٣ ص ٥١٨.

(٣) المنتقى ج٤ ص ٢٣٧.

(٤) سورة ص الآية: ٨٢.

(٥) الإيضاح ج٥ ص ٨١ ، ٨٢.

أ- روينا من طريق حماد بن سلمة عن الحجاج بن أرطاة. سألت أبا بكر بن أبي موسى عن الرجل يبيع بيعا ويستثنى نصفه؟ فكرهه.
قال ابن حزم: الحجاج هالك.

ب- ومن طريق حماد بن سلمة عن عثمان البتي قال: إذا استثنى البائع نصفاً ونقد المشتري نصفاً فهو بينهما نصفان.

ج- ومن طريق محمد بن المثنى ... عن ابراهيم النخعي: أنه كان لا يرى بأساً أن يبيع السلعة ويستثنى نصفها. ورواه أيضاً من طريق ابن أبي شيبه بهذا اللفظ عن النخعي.

د- ومن طريق ابن أبي شيبه ... عن أبي حمزة قلت لابراهيم: أبيع الشاة وأستثنى بعضها؟ قال: لا ، ولكن قل: أبيعك نصفها.

هـ- ومن طريق ابن أبي شيبه ... عن ابن سيرين أنه كان لا يرى بأساً أن يبيع ثمرته ويستثنى نصفها ، ثلثها ، ربعها^(١).

أقول: فعثمان البتي ، وابراهيم النخعي ، وابن سيرين كلهم يقولون بصحة استثناء النصف.

الراجع:

والراجع من وجهة النظر. صحة البيع والاستثناء ، أما قول الأوزاعي ومن وافقه من الحنابلة فليس بصحيح لما تقدم. كما أن الرافع هو صحة استثناء النصف فما فوقه. وظاهر حديث النهي عن الثنيا إلا أن تعلم يؤيده ، لأنه مطلق عن التقييد بنصف أو غيره.

يقول الصنعاني «وظاهر الحديث أنه إذا علم القدر المستثنى صح

(١) المحلى ج ٧ ص ٣٤٨ . ٣٥٠ مسألة ١٤٦١.

مطلقاً^(١).

الصورة السابعة: استثناء مشاع مجهول:

إذا باعه الثمرة واستثنى مشاعاً مجهولاً ، كأن يقول: بعثك هذه الثمرة إلا قوت نفسي أو إلا ما يأكله عبيدي. فهذا باطل باتفاق. لأن قدر قوته مجهول ، وما يأكله عبيده مجهول ، فصار المبيع الثاني أي الباقي بعد الاستثناء مجهولاً. فكان المستثنى مجهولاً ، والمبيع بعده أيضاً مجهولاً.

فإن قيل: فقد روى عن ابن عمر: أنه باع جانطا واستثنى منه قوت غلامه^(٢) قيل: يحتمل أن يكون استثنى منه قدراً معلوماً جعله قوت غلامه.

وكذا لو قال: بعثك هذه الثمرة إلا عشر قواصر منها ، أو في كل يوم سلة من رطبها كان المبيع باطلاً للجهل بالمبيع الثاني^(٣).

الصورة الثامنة: باعه الثمر على أن له ماسقط:

إن باعه ثمر الحائط على أن له ماسقط من النخل مثلاً ، فالبيع فاسد من قبل أن الذي يسقط منها قد يقل ويكثر ، أرأيت لو سقطت كلها أتكون له؟ فأى شيء باعه إن كانت له؟ أو أرأيت لو سقط نصفها أيكون له النصف بجميع الثمن؟.

قال الشافعي: فلا يجوز الاستثناء إلا كما وصفت^(٤).

(١) سبل السلام ج ٣ ص ١٩.

(٢) سبق تخريجه، ص ٧٠٢.

(٣) الحارثي الكبير ج ٦ ص ٢٤٢ ، وانظر. شرح مسلم للنووي ج ١٠ ص ١٩٥ ، سبل السلام

ج ٣ ص ١٩ ، نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٤ ، المحلى ج ٧ ص ٣٤٦ وما بعدها مسألة

١٤٦١ ، شرح النيل ج ٦ ص ١٥١ وما بعدها ، الإيضاح ج ٥ ص ٨٢ وما بعدها.

(٤) الأم ج ٣ ص ٨٥ مجلد / ٢ باب بيع الأجال.

الصورة التاسعة: باعه بثمن معلوم واستثنى ما يقابل قدرا منه :

إن قال: بعتك ثمار هذه النخيل مثلا بمائة إلا ما قابل عشرة. فإن أراد من طريق الثمن فالعقد صحيح ، وقد استثنى العشر.

وإن أراد من طريق القيمة فالعقد باطل لأن القدر الذي يبلغ قيمته عشرة مجهول.

هكذا قال المتولي^(١). وعبرة الروضة «ولو قال بعتك ثمرة هذا البستان بثلاثة آلاف درهم إلا ما يخص ألفا. فإذا أراد ما يخصه إذا وزعت الثمرة على المبلغ المذكور، صح وكان استثناء للثلث. وإن أراد ما يساوي ألفا عند التقويم فلا لأنه مجهول»^(٢).

وعبرة الماوردي «فإذا باع ثمرة حائط بأربعة آلاف درهم ، واستثنى منها بألف درهم. فإن كان الاستثناء بسعر ما باع صح البيع ، وكان كاستثناء ربعها.

وإن كان الاستثناء بسعر يومه لم يجز ، وكان البيع باطلا لجواز أن يكون بسعر زائد أو ناقص ، فيصير الاستثناء مجهولا ، والمبيع الباقي مجهولا»^(٣).

الصورة العاشرة: باعه قدرا معلوما والباقي له :

قال الماوردي: ... والقسم الرابع أن يكون الاستثناء مجهولا ، والمبيع

(١) تنمة الابهانة ج٤ ورقة ١٦٥.

(٢) روضة الطالبين ج٣ ص ٢٥.

(٣) الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٤٣ ، وهو نص الأم «قال: ولو باع رجل ثمر حائطه بأربعة آلاف واستثنى منه بألف ، فإن كان عقد البيع على هذا فانما باعه ثلاثة أرباع الحائط. فإن قال: استثنى ثمرنا بالألف بسعر يومه لم يجز ، لأن البيع وقع غير معلوم للبائع وللمشتري ولا لواحد منهما» الأم ج٣ ص ٦٠ مجلد ٢ باب الثنيا.

بعده معلوما ، وهو أن يقول: بعثك من هذه الشجرة مائة صاع والباقي لي.

فإن علما أن مافيها مائة صاع فصاعدا ، صح البيع إن أمكن كيل الشجرة ، وبطل إن لم يمكن كيلها ، ولا يصح الخرص فيها لأن المبيع بالخرص لا يجوز ، لأنه تخمين وحس^(١) وإنما يجوز في حق المساكين لأنه مواساة^(٢).

وإن لم يعلم أن مافي الشجرة مائة صاع كان البيع باطلا للجهل بوجود المبيع ، فلو كيلت من بعد فكانت مائة صاع فصاعدا ، لم يصح البيع بعد فساد^(٣).

المسألة الثامنة: الثمن في بيع الثمار ، والزروع مفردة:

الثابت في الشريعة أن الثمن في بيع الثمار ، والزروع أن لا يكون من جنس المبيع حذرا من الربا إلا في العرايا فإنه يصح بيعها عند الجمهور بجنسها يابسا بشروط مخصوصة.

وقد ورد في السنة ما يفيد عدم صحة بيع الثمار على رؤوس أشجارها والزروع في أرضها مفردة إلا بالنقد ، وعدم صحة بيع العريا بالنقد.

إلا أن الفقهاء قالوا: أن ذلك في غير العرايا إنما كان لأن جل التعامل

(١) مع أن المتولى في التتمة اعتمد الخرص في نحو هذا حيث يقول في معرض كلامه عن الاستثناء «إذا باع ثمار البستان واستثنى منها شيئا نظرنا. فإن استثنى ثمرة شجرة بعينها جاز ، وكذلك إذا استثنى جزءا شايعا مثل الثلث والربع. فأما إذا استثنى قدرا معلوما بالوزن مثل أن يقول: إلا ألف مد ، فإن كان قد عرف قدر الثمار بالخرص جاز العقد كما لو استثنى من الصبرة المعلومة صاعا. وإن لم يكن قدر الثمار معلوما لا يصح كما لو استثنى صاعا من صبرة لا يعرف قدرها ، تنمة الابانة جاء ورقة ١٦٥.

أقول: معنى هذا أن العلم عن طريق الخرص محل خلاف.

(٢) أي يجوز الخرص في ثمار الزكاة للعلة المذكورة ، وهي لا توجد في البيع.

(٣) الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٤٣.

كان بالنقد ، ومن ثم فانه يجوز أن يكون الثمن عروضاً أيضاً بشرط عدم اتحاد الجنس.

روى البخارى فى صحيحه عن جابر قال «نهى رسول الله - ﷺ - عن بيع الثمر حتى يطيب ، ولا يباع شئ منه إلا بالدينار والدرهم إلا العرايا».

ولفظ مسلم «نهى عن المخايرة والمحاولة والمزابنة وعن بيع الثمرة حتى تطعم ، ولا تباع إلا بالدرهم والدنانير إلا العرايا».

ولفظ أبى داود «نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه ، ولا يباع إلا بالدينار أو بالدرهم إلا العرايا»^(١).

جاء فى الفتح «قال ابن بطال: إنما اقتصر على الذهب والفضة لأنهما جل ما يتعامل به الناس ، وإلا فلا خلاف بين الأمة فى جواز بيعه بالعروض يعنى بشرطه»^(٢).

أما بالنسبة للثمن فى العرايا فظاهر الحديث أنه لا يجوز بيعها بالنقد^(٣) ، وإنما تباع كما فى أحاديث أخرى بجنسها يابسا ، وقيل: رطبا أيضا فقد روى البخارى عن عبد الله بن عمر «لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه ، ولا تبيعوا الثمر بالتمر. قال سالم: وأخبرنى عبد الله عن زيد بن ثابت أن رسول الله - ﷺ - رخص بعد ذلك فى بيع العرايا بالرطب أو بالتمر ولم يرخص فى غيره»^(٤) هكذا بلفظ «أو» ومثله عند مسلم^(٥).

(١) سبق تخريج هذا الحديث بالنص الحاكم ص ٨٢ ، ٨٣ من البحث ، وسبق معنى المخايرة

بهامش ص ٨٠ من البحث.

(٢) فتح البارى ج٤ ص ٤٥٣.

(٣) وخالف البعض فى ذلك كما سيأتى.

(٤) صحيح البخارى بفتح البارى ج٤ ص ٤٤٨ ، ٤٤٩.

(٥) صحيح مسلم بشرح النووي ج١٠ ص ١٨٣.

وفى رواية أبى داود «رخص فى بيع العرايا بالتمر والرطب»^(١) فذكره
بالواو.

وأغلب أحاديث العرية لم يأت فيها الرطب. فعند البخارى عن ابن
عمر عن زيد بن ثابت «أن رسول الله - ﷺ - رخص فى العرايا أن تباع
بخرصها كيلا»^(٢) ورواه مسلم بهذا السند لكن فيه «أن تؤخذ
بخرصها»^(٣).

وعن أبى هريرة رضى الله عنه «أن النبى - ﷺ - رخص فى بيع
العرايا فى خمسة أوسق ، أو دون خمسة أوسق. قال نعم»^(٤). والقائل نعم
هو الامام مالك فعند مسلم قال يحيى بن يحيى: قلت لمالك حدثك داود بن
الحصين عن أبى سفيان مولى ابن أبى أحمد عن أبى هريرة ، وذكر الحديث ثم
قال «يشك داود ، قال خمسة أو دون خمسة. قال: نعم»^(٥).

وبناء على ماتقدم فقد اتفق الفقهاء على صحة العرية إذا كان الثمن
ثمرا يابساً^(٦) واختلفوا فيما عداه على اتجاهين.

الاتجاه الأول: لا يجوز بيعها بشئ من الأشياء إلا بخرصها قرا.
وبه قال الامام مالك فى رواية ذكرها ابن رشد^(٧) والباقى فى المنتقى^(٨).

(١) سنن أبى داود ج ٣ ص ٢٤٩ ، وانظر فتح البارى ج ٤ ص ٤٥٠ ، ٤٥١ .

(٢) صحيح البخارى بفتح البارى ج ٤ ص ٤٥٦ .

(٣) صحيح مسلم بشرح النووى ج ١٠ ص ١٨٤ .

(٤) صحيح البخارى بفتح البارى ج ٤ ص ٤٥٢ .

(٥) صحيح مسلم بشرح النووى ج ١٠ ص ١٨٧ ، وانظره فى الموطأ مع المنتقى ج ٤
ص ٢٣٠ .

(٦) فالإتفاق قائم بين الفقهاء على كون العرية فى النخل لورود النص به ، واختلفوا فيما
عداه .

(٧) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٢٩ .

(٨) المنتقى ج ٤ ص ١٣١ فبعد كلام للامام مالك قال «وهذا كما قال: أن العرية لا تباع على
شرط التبقية إلا بخرصها قرا ، ولا يجوز أن تكون بسرا ، ولا رطباً» .

وهو قول ابن حزم الظاهري وأبى سليمان^(١).

وتمسكوا بظاهر الأحاديث الواردة بلفظ «رخص في بيع العرايا أن تابع بخرصها كيلا»^(٢).

الاتجاه الثاني: لا يشترط في ثمن العرية أن يكون تمرا ، واتفقوا على جواز بيعها بالنقد ، والعروض ، وبغير جنسها من المأكول أو المشروب وبه قال المالكية في المشهور ، وهو قول الشافعية ، والحنابلة.

ثم اختلفوا في جواز بيعها بالرطب على أربعة أقوال:

القول الأول: لا يجوز بيعها بالرطب مطلقا. أى سواء كان الرطب على الأرض ، أم على النخل وبه قال المالكية^(٣) وهو مذهب الشافعي رحمه الله.

والأصح من وجوه أربعة للأصحاب قال به الاصطخري ، وقال القاضى أبو الطيب: هو الأصح عندي^(٤) وهو أيضا قول الحنابلة باتفاق^(٥).

(١) المحلى ج٧ ص ٣٨٩ مسألة ١٤٧٤ ، ص ٣٩٨ مسألة ١٤٧٦ .

(٢) المنتقى ج٤ ص ٢٢٩ ، المحلى ج٧ ص ٣٩٤ ، ٣٩٥ مسألة ١٤٧٤ .

(٣) المنتقى السابق ص ٢٣٠ ، ٢٣١ ، بداية المجتهد ج٢ ص ٣٢٩ ، شرح الخرشى وحاشية العدوى ج٥ ص ١٨٧ مجلد / ٢ ، حاشية الصاوى على الشرح الصغير ج٤ ص ٣١٩ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج٣ ص ١٨٠ ، حاشية الصميدى على كفاية الطالب ج٢ ص ١٩٤ .

(٤) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٦٠ ، روضة الطالبين ج٣ ص ٥١ ، ٢١٨ ، حلية العلماء ج٢ ص ٥٤١ ، ٥٤٢ ، المهذب ج١ ص ٢٧٥ ، شرح جلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة ج٢ ص ٢٣٨ ، حاشية الباجورى ج١ ص ٣٥١ ، ٣٥٢ ، فتح البارى ج٤ ص ٤٥١ ، نبيل الأوطار ج٦ ص ٢٩٣ ، أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٧ ، شرح مسلم للنووى ج١٠ ص ١٨٩ ، ١٩٠ ، تحفة المحتاج وحواشيتها ج٤ ص ٤٧٢ ، الأم ج٣ ص ٥٥ .

(٥) المغنى ج٤ ص ١٩٩ ، والشرح الكبير ج٤ ص ١٦٧ ، شرح الزركشى ج٢ ص ٤٨١ (=)

القول الثاني: يجوز بيعها برطب على الأرض من النخل كانا من نوع واحد أو من نوعين . وبه قال أبو علي بن خيران من الشافعية.

القول الثالث: يجوز بيعها برطب على الأرض من النخل إذا كانا من نوعين ولا يجوز إذا كانا من نوع واحد ، وبه قال أبو علي بن هريرة ، وأبو اسحاق المروزي ، وصححه ابن عسرون من الشافعية.

القول الرابع: يجوز بيعها بالرطب على النخيل إن كانا من نوعين . فان كانا من نوع واحد ، أو كان الرطب على الأرض لم يجز ، حكى أيضا عن أبي اسحاق المروزي من الشافعية. فيكون للشافعية أربعة أوجه^(١).

أما دليل عدم صحة بيعها بالرطب فظاهر من الأحاديث التي ترخص في بيع العرية بخرصها تمرا.

وأما الأوجه التي أجازت بيعها بالرطب فقد اعتمدت على ما سبق ذكره في رواية التخيير «بالرطب أو بالتمر» وعلى رواية الواو «بالتمر والرطب»^(٢).

ولأنه إذا جاز بيع الرطب بالتمر مع اختصاص أحدهما بالنقص في ثاني الحال ، فلأن يجوز مع عدم ذلك أولى^(٣).

ومن أجاز بيعها إن كان من نوعين استدل باختلاف شهوة الأكل ، أما

(=) الانصاف ج ٥ ص ٣٢ ، كشف القناع ج ٣ ص ٢٥٨ ، ٢٥٩ ، الروض المربع وحاشيته العنقري ج ٢ ص ١١٢ .

(١) راجع مصادر الشافعية السابق ذكرها . وبخاصة الحاوي الكبير ، روضة الطالبين ، فتح الباري . المذهب ، حلية العلماء . وفي المسألة فروج يطول شرحها كما قال الحافظ في الفتح .

(٢) شرح مسلم للنووي ج ١٠ ص ١٨٩ ، ١٩٠ ، نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٩٣ ، فتح الباري ج ٤ ص ٤٥٠ ، ٤٥١ .

(٣) المغني ج ٤ ص ١٩٩ ، والشرح الكبير ج ٤ ص ١٦٧ .

عند اتحاد النوع فلا يجوز لفقد الغاية^(١) أي لأنه لا حاجة به إليه ، لأن مثل ما يبتاعه عنده ، أما إن كان من نوعين فقد يشتهي كل واحد منهما النوع الذي عند صاحبه فيكون كمن عنده قمر ولا رطب عنده^(٢).

المناقشة:

نوقشت هذه الأوجه بعدة مناقشات نذكر منها:

١- أن «أو» في حديث البخاري ومسلم للشك لا للتخيير والاباحة. جزم بذلك النووي فيحمل على أن المراد انتمر كما صرح به في سائر الروايات^(٣) فلا يجوز العمل به مع الشك سيما وهذه الأحاديث تبينه وتزيل الشك^(٤).

٢- أن الخرص غرر ، وقد وردت الرخصة في أحد العوضين فلو جوزنا في الرطب بالرطب على رؤوس النخل لجوزناه في العوضين ، وذلك غرر كثير زائد على ما وردت به الرخصة^(٥).

٣- أن بيع العرايا رخصة فيقتصر على محل ورودها. واعتمده الرملي^(٦).

٤- بيع العرايا يشترط فيه حاجة المشتري ، ومن له رطب مستغن عن شرائه بأكل ما عنده^(٧) فتنتفى حاجة الرخصة إليه^(٨).

(١) الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٦٠.

(٢) المهذب ج١ ص ٢٧٥ ، وانظر نيل الأوطار ج٦ ص ٢٩٣ ، فتح الباري ج٤ ص ٤٥١.

(٣) شرح مسلم ج١٠ ص ١٨٩ ، ١٩٠ ، فتح الباري ج٤ ص ٤٥٠ ، ٤٥١.

(٤) المغني ج٤ ص ١٩٩ ، والشرح الكبير ج٤ ص ١٦٨.

(٥) المهذب ج١ ص ٢٧٥.

(٦) الرملي على الأسنى ج٢ ص ١٠٧ ، حاشيتي الشرواني والعبادي ج٤ ص ٤٧٢ ،

حاشية قليوبي ج٢ ص ٢٣٨.

(٧) المغني ج٤ ص ١٩٩ ، والشرح الكبير ج٤ ص ١٦٧ ، الحاوي الكبير ج٦ ص ٢٦٠.

(٨) أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٧.

٥- لهذا كله حكم الماوردي على الأوجه الثلاثة بالفساد. قال: وكل واحد من هذه المذاهب الثلاثة فاسد. وما عليه جمهور أصحابنا بطلان ذلك كله. لأن النبي - ﷺ - أرخص في العرايا أن تباع بخرصها تمرا. ولأنه لما لم يجز بيع الرطب بالرطب على وجه الأرض مع قلة تفاضله وقرب تماثله فأولى أن لا يجوز علي النخل لأن عدم الحاجة إليه تمنع من جواز الغرر فيه^(١).

الراجع:

والذي غلب إليه الآن هو قول من قال: لا يجوز بيع العرية إلا بخرصها تمرا فهذا هو القدر الذي اتفقت عليه الأحاديث التي لا شك فيها كما أنه القدر الذي اتفق عليه الفقهاء ، ولأن هذا هو الذي يناسب الرخصة ، والعرية مرخص فيها فيتقصر علي محل ورودها.

عود على بدء:

قلنا: أنه لا يجوز بيع الثمار على رؤوس أشجارها ، والزروع في أرضها مفردة بثمر من جنسها ، إلا بيع العرايا.

وقلنا: أن عدم الجواز ، راجع إلى الربا. معنى ذلك أن العرايا جائزة مع ما فيها من ربا للحاجة.

وفى هذا المعنى جاء عند المالكية «وظاهر أن بيع الثمار بعد بدو صلاحها إنما يجوز بغير طعام ، وإلا لزم ربا الفضل والنساء إن كان الثمن من جنسها ، وربا النساء فقط إن لم يكن من جنسها»^(٢).

ثم يقول صاحب الشرح «ولما كانت العرية من الثمار ، وجوزوا بيعها

(١) الحارثي الكبير ج٦ ص ٢٦٠.

(٢) الشرح الصغير ج٤ ص ٣١٥ ، والنساء التأخير ، والثمرة بعد بدو صلاحها تباع وتبقى إلى أوان الجذاذ كما سبق في هذا البحث عن الجمهور.

بجنسها بالشروط الآتية ذكرها بعد ذكر بيع الثمرة»^(١).

قال الضاوي في قوله «وجوزوا فيها بيعها بجنسها» أي مع ما فيها من ربا الفضل والنساء ، وذلك لأن شراء الثمرة الرطبة بخرصها يابساً يدفع عند الجذاذ^(٢) فيه ربا النساء تحقيقاً ، وربا فضل شكاً لأن الخرص ليس قدر الثمن قطعاً^(٣).

بيع الثمر بجنسه هو المزابنة ، وبيع الزرع بجنسه هو المحاقلة :

والثمر على رؤوس الشجر إذا بيع بجنسه كان بيع مزابنة ، والزرع القائم في أرضه إذا بيع بجنسه كان بيع محاقلة على الراجح في مسمى المزابنة والمحاقلة. وكل منهما بيع منهي عنه.

١- فعن ابن عمر «أن رسول الله - ﷺ - نهى عن المزابنة ، والمزابنة بيع الثمر بالتمر^(٤) كيلاً ، وبيع الزبيب بالكرم^(٥) كيلاً» رواه البخاري في صحيحه ، ورواه مسلم لكنه قدم الكرم على الزبيب فقال «وبيع الكرم بالزبيب كيلاً»^(٦).

٢- في رواية للبخاري عن ابن عمر أيضاً «نهى عن المزابنة. قال:

-
- (١) الشرح السابق.
- (٢) لأن المالكية لا يشترطون تعجيل الثمن في العرية.
- (٣) الضاوي على الشرح الصغير السابق ، وانظر. الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج٣ ص ١٧٩ ، شرح الخرش وحاشية العدوي ج٥ ص ١٨٧ مجلد / ٣ ، بداية المجتهد ج٢ ص ٣٢٦.
- (٤) الثمر بالمثلثة وفتح الميم ، والمراد به الرطب خاصة. والتمر بالمثلثة والسكون هكذا ضبطهما الحافظ في فتح الباري ج٤ ص ٤٤٩.
- (٥) الكرم: العنب. ويفتح الكاف وسكون الراء هو شجر العنب لكن المراد به هنا الأول أي نفس العنب كما أوضحته رواية مسلم «وبيع العنب بالزبيب كيلاً» وفيه جواز تسمية العنب كرماً ، فتح الباري ج٤ ص ٤٤٩ ، ٤٥١ ، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٨٩.
- (٦) صحيح البخاري بفتح الباري ج٤ ص ٤٤١ ، مسلم بشرح النووي ج١٠ ص ١٨٧ ، الموطأ مع المنتقى ج٤ ص ٢٤٣.

والمزابنة أن يبيع الثمر بكيل» ولفظ مسلم «والمزابنة أن يباع ما فى رؤوس النخل بتمر بكيل مسمى»^(١).

٣- وفى حديث أبى سعيد الخدرى عند البخارى «نهى عن المزابنة والمحاكلة ، والمزابنة: اشتراء الثمر بالتمر على رؤوس النخل» ولفظ مسلم «نهى عن المزابنة والمحاكلة ، والمزابنة: اشتراء الثمر فى رؤوس النخل ، والمحاكلة كراء الأرض»^(٢).

والأمام مالك فسر المحاقلة بما فى مسلم حيث روى الحديث فى موطنه بنفس لفظ مسلم إلا أنه زاد لفظ «الحنطة» فى المحاقلة فقال «والمحاقلة كراء الأرض بالحنطة»^(٣).

٤- وفى حديث سهل بن أبى حشمة عند مسلم والترمذى «نهى عن المزابنة التمر بالتمر ، إلا أصحاب العرايا فانه قد أذن لهم»^(٤).

٥- فى البخارى ومسلم عن عبد الله «نهى عن المزابنة. أن يبيع ثمر حائطه إن كانت نخلا بتمر كيلا ، وإن كرما أن يبيعه بزبيب كيلا ، وإن كان زرعاً أن يبيعه بكيل طعاماً نهى عن ذلك كله»^(٥).

٦- وعند مسلم عن جابر «نهى عن المخابرة والمحاكلة والمزابنة ، وعن بيع الشجرة حتى تطعم ، ولا تباع إلا بالدرهم والدنانير إلا العرايا. قال عطاء: فسر لنا جابر. قال: أما المخابرة فالأرض البيضاء يدفعها الرجل إلى الرجل فينشق فيها ثم يأخذ من الشجرة ، وزعم أن المزابنة بيع الرطب فى النخل

(١) صحيح البخارى السابق. مسلم بشرح النووي السابق ص ١٨٩.

(٢) صحيح البخارى السابق ص ٤٤٩ ، مسلم السابق ص ٢٠١.

(٣) الموطأ مع المنتقى ج٢ ص ٢٤٥.

(٤) مسلم بشرح النووي ج١٠ ص ١٨٧ ، سنن الترمذى ج٢ ص ٥١.

(٥) مسلم السابق ص ١٨٩ ، صحيح البخارى بفتح البارى ج٢ ص ٤٧١ ، الموطأ مع المنتقى

ج٢ ص ٢٤٦.

بالتمر كيلا ، والمحاكلة فى الزرع على نحو ذلك يبيع الزرع القائم بالحب كيلا»^(١).

أقول: والأحاديث كثيرة فى هذا من عدة طرق ، ويكفى ما ذكرناه ، ولنا فيها هنا ما يلى:

١- أنها نهت عن المزابنة والمحاكلة ، وأرخصت فى العرايا.

٢- فى بعضها أن محل مسمى المزابنة النخل والكرم ، وفى البعض: الزرع أيضا. وفى البعض النخل فقط. والفقهاء على هذه الأنحاء ، ومنهم من تجاوزها بالقياس إلى سائر الثمار فالحقها بالنخل والكرم وهو ما ذهب إليه الجمهور.

٣- فى بعض الأحاديث: المزابنة خاصة بالثمر ، والمحاكلة خاصة بالزرع وهو ما عليه الجمهور ، وخالف المالكية فأدخلوا الزرع فى مسمى المزابنة لأن المحاقلة كراء الأرض بجنس ما يخرج منها.

٤- عند الجمهور: المزابنة يبيع الثمر على رؤوس النخل بجنسه ، والمحاكلة يبيع الزرع القائم بجنسه. وعند المالكية: يبيع الثمر ، والزرع على النحو المذكور من المزابنة.

٥- الكيل المذكور فى بعض الأحاديث كما فى الصحيحين والموطأ ليس بقيد ، بل لأنه صورة المبايعات التى وقعت إذ ذاك ، فلا مفهوم له ، لأن المسكوت عنه أولى بالمنع من المنطوق قاله الحافظ^(٢).

٦- المزابنة لها صور متعددة ، وأصل هذه الصور كلها «بيع الثمر على رؤوس الأشجار بالتمر» قاله الحافظ والشوكانى^(٣).

(١) مسلم السابق ص ١٩٤ ، ٢٠١.

(٢) فتح البارى ج٤ ص ٤٥١ ، ٤٥٢.

(٣) المصدر السابق ص ٤٤٩ ، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٣ ، ٢٨٩.

وفى مسمى المزبنة ينقل الحافظ عن ابن عبد البر أنه لم يخالف أحد من الصحابة فى أن ما ورد فى الأحاديث مزبنة ، وإنما الخلاف حدث فيما يلحق بذلك من كل مالا يجوز إلا مثلاً بمثل. ويذكر هو أنه على تقدير أن يكون التفسير من هؤلاء الصحابة فهم أعرف بتفسيرهم من غيرهم. يقول الحافظ «وعلى تقدير أن يكون التفسير من هؤلاء الصحابة فهم أعرف بتفسيره من غيرهم. وقال ابن عبد البر: لا مخالف لهم فى أن هذا مزبنة ، وإنما اختلفوا هل يلحق بذلك كل مالا يجوز إلا مثلاً بمثل ، فلا يجوز فيه كيل بجزاف ، ولا جزاف بجزاف؟ فالجمهور على اللاحاق. وقيل: يختص ذلك بالنخل والكرم»^(١).

أقول: وابن حزم الظاهرى لا يرى مسمى المزبنة إلا فى النخل فقط فبعد روايته لجديث أبى سعيد الخدرى «نهى رسول الله - ﷺ - عن المحاقلة والمزبنة. فالمحاقلة فى الزرع ، والمزبنة فى النخل» قال «هذا نص لفظ أبى سعيد رضى الله عنه. وهذا نص قولنا لأنه لم ير المزبنة إلا فى النخل وحده لافى سائر الثمار وما نعلم له من الصحابة رضى الله عنهم مخالفا»^(٢).

وذكر نحو هذا الحافظ فى الفتح «والمزبنة فى النخل ، والمحاقلة فى الزرع»^(٣).

لكن يعكر على هذا ما فى الصحيحين وغيرهما من طريق الليث عن ابن عمر من تفسيره للمزبنة بصور ثلاث منها «بيع الزرع القبائى بالطعام»^(٤). فعلى هذا اسم المزبنة يقع على بيع الزرع بالطعام ، وأيضاً

(١) فتح البارى ج٤ ص ٤٥٠ ، وانظر شرح النيل ج٨ ص ٥٥.

(٢) المعلى ج٧ ص ٤٠٠ مسألة ١٤٧٧.

(٣) فتح البارى ج٤ ص ٤٥٢ ، وانظر شرح النيل ج٤ ص ٤٥٢.

(٤) راجع ما سبق فى حديث رقم «٥» ، وقال الشوكانى: قال فى الفتح «ومن صور المزبنة بيع الزرع بالحنطة بما أخرجه مسلم فى تفسير المزبنة عن نافع بلفظ: المزبنة بيع ثمر (=)

فى هذا الحديث وفى غيره مما ذكرنا «بيع العنب بالزبيب» مزابنة. كل هذا يعنى أن مسمى المزابنة لا يختص بالنخل كما ذهب إليه ابن حزم الظاهرى.

والذى يمكن قوله هنا: ان اسم المزابنة واقع على الجميع أعنى النخل والكرم والزرع ومعناها متقارب إلا أن اسم المزابنة واقع على كل نوع منها ، واسم المحاكلة خاص فى الزرع. قاله الباجى من المالكية^(١).

تفسير المزابنة عند الفقهاء:

لا يخرج تفسير المزابنة عند الفقهاء عن ماوردت به الأحاديث.

فعند الحنفية يقول الكاسانى «المزابنة: بيع الثمر على رؤوس النخل بمثل كيله من الثمر خرصا لا يدرى أيهما أكثر ، والزبيب بالعنب لا يدرى أيهما أكثر»^(٢).

وعند المالكية «المزابنة بيع معلوم بمجهول أو مجهول بمجهول من جنسه»^(٣). والمالكية فسروها بما هو أعم مما فى الحديث ليشمل التفسير بيع غير الربوى^(٤).

وعند الشافعية يقول الماوردي «وأما المزابنة فهى بيع الرطب على

(=) النخل كيلا ، وبيع العنب بالزبيب كيلا ، وبيع الزرع بالحنطة كيلا ، وقد أخرج هذا الحديث البخارى كما ذكره المصنف ههنا ولم يتفرد به مسلم ، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٨٩.
(١) المنتقى ج٤ ص ٢٤٦ ، ولهذا أدخل المالكية فى مسمى المزابنة ما يدخله الجمهور فى مسمى المحاكلة.

(٢) بدائع الصنائع ج٥ ص ١٩٤ ، وانظر. الهداية وشروحها ج٦ ص ٥٣ ، ٥٤ ، الاختيار ج٢ ص ٣١.

(٣) كفاية الطالب ج٢ ص ١٢٣ ، وانظر. شرح الخرشى ج٥ ص ٧٥ مجلد / ٣ ، جواهر الأكليل ج٢ ص ٢٣ ، بداية المجتهد ج٢ ص ٢٤١ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ج٣ ص ٦٠ ، الفروق ج٣ ص ٢٤٦ الفرق / ١٨٦.

(٤) الجواهر السابق. الشرح الكبير السابق. كفاية الطالب وحاشية الصعبدى السابق ص ١٥٢ ، العدوى على الخرشى السابق.

نخله بتمر فى الأرض^(١)، ثم هكذا بيع العنب فى كرمه بالزبيب لايجوز ، وكذا بيع سائر الثمار فى شجرها بجنسها يابسة لايجوز^(٢).

ويظهر من عبارة الماوردي أن المزابنة فى سائر الثمار قياسا ولا تختص بالنخل والكرم ، وإن كانت عبارة غيره قاصرة عن ذلك. ففى الأسنى وغيره «بيع المزابنة وفسر ببيع الرطب على الشجر بالتمر»^(٣).

وعند الحنابلة «بيع الرطب فى رؤوس النخل بالتمر»^(٤).

وعند الاباضية «المزابنة وهى بيع الثمار فى أشجارها بكيل من نوعها» وقد صرح أطفيش بأن المزابنة ليست خاصة عندهم بالنخل والكرم وإنما فى كل الثمار تباع بنوعها^(٥).

تفسير المحاقلة عند الفقهاء:

فسرها الحنفية بأنها «بيع الحنطة فى سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا»^(٦).

(١) الأرض ليس بقيد . فبيعهما بجنسها على رؤوس الشجر أولى بعدم الجواز لكثرة الغرر حيث الخرص فى العوضين.

(٢) الحاروى الكبير ج٦ ص ٥٤.

(٣) أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٧ ، وانظر. حلية العلماء ج٢ ص ٥٧٩ ، المهذب ج١ ص ٢٧٥ ، شرح جلال المحلى وحاشيتى قليوبى وعميرة ج٢ ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٧١.

(٤) المغنى ج٤ ص ١٩٧ ، والشرح ج٤ ص ١٦٥ ، شرح الزركشى ج٢ ص ٤٣٤ ، الروض المربع وحاشية العنقرى ج٢ ص ١١٢ ، الانصاف ج٥ ص ٢٩ ، كشاف القناع ج٢ ص ٢٥٨.

وأجاز الحنابلة بيع أصل الشجرة بثمرها بمثلها ، أو بجنس ما عليها . يقول البهوتى «ولا يمنع بيع نخلة عليها رطب أو تمر بمثلها أى بنخلة عليها رطب أو تمر ، أو بيع نخلة عليها رطب أو تمر برطب أو تمر» كشاف القناع ج٢ ص ٢٦٢.

(٥) شرح النيل ج٧ ص ٥٤ ، ٥٥.

(٦) الهداية وشروحها ج٦ ص ٥٣ ، ٥٤ ، تبين الحقائق ج٤ ص ٤٧ ، الاختيار ج٢ ص ٣١ ، بدائع الصنائع ج٥ ص ١٩٤.

وفسرها الشافعية بأنها «بيع الطعام فى سنبله بطعام مصفى»^(١) ويقول النووي «وأجمعوا على تحريم بيع الحنطة فى سنبليها بحنطة صافية وهي المحاقلة»^(٢).

وعند الحنابلة «بيع الزرع فى الحقول بحب من جنسه»^(٣).

وعند الإباضية «بيع الرجل سنبل زرعه بحب معلوم كيله»^(٤).

وأما المالكية فقد فسروها بأنها «اكتراء الأرض للزرع بالحب» وقد تقدم هذا عن الموطأ. وكافة الكتب التى تحكى مذهب مالك على هذا^(٥).

هذا. وقد نقل بعضهم الاتفاق على التحريم فى المزبنة والمحاقلة فى محل بحثنا والبعض نقل الاجماع.

يقول الشوكانى «وقد وقع الاتفاق على تحريم بيع الرطب بالتمر فى غير العراق ، وعلى تحريم بيع الحنطة فى سنبليها بالحنطة منسلة ، وعلى تحريم بيع العنب بالزبيب ، ولا فرق عند جمهور أهل العلم بين الرطب والعنب على الشجر ، وبين ماكان مقطوعا منهما. وجوز أبو حنيفة بيع الرطب المقطوع بخرصه من اليابس»^(٦).

(١) الحاوى الكبير ج٦ ص ٢٥٣.

(٢) شرح مسلم ج١٠ ص ١٨٨ ، وانظر. المهذب ج١ ص ٢٧٥ ، أسنى المطالب ج٢ ص ١٠٦ ، روضة الطالبين ج٢ ص ٢١٧ ، الأم ج٣ ص ٦٣ مجلد / ٢ ، حلية العلماء ج٢ ص ٥٧٩ ، تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٧١ ، شرح المعلى وقلوبى وعميرة ج٢ ص ٢٣٧ ، ٢٣٨.

(٣) المغنى ج٤ ص ٢٩٨ ، والشرح ج٤ ص ١٦٥ ، وانظر. كشف القناع ج٢ ص ٢٥٨ ، الروض المربع ج٢ ص ١١٢ ، الانصاف ج٥ ص ٢٨.

(٤) الايضاح ج٥ ص ٣٥ ، وانظر. الجامع لابن بركة ج٢ ص ٣٢٦ ، شرح النيل ج٨ ص ٥٦.

(٥) أنظر منها حلية العلماء ج٢ ص ٥٧٩ ، فتح البارى ج٤ ص ٤٧٢ ، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٢ ، سبل السلام ج٢ ص ١٩.

(٦) نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٣.

ويقول النووي «وقد اتفق العلماء على تحريم بيع الرطب بالتمر في غير العراق وأنه ربا ، وأجمعوا أيضا على تحريم بيع العنب بالزبيب ، وأجمعوا أيضا على تحريم بيع الخنطة في سنبلها بحنطة صافية وهي المحاكلة ، وسواء عند جمهورهم كان الرطب والعنب على الشجر أو مقطوعا. وقال أبو حنيفة: إن كان مقطوعا جاز بيعه بمثله من اليابس»^(١).

ويقول الحافظ نقلا عن ابن بطال «قال ابن بطال: أجمع العلماء على أنه لا يجوز بيع الزرع قبل أن يقطع بالطعام لأنه بيع مجهول بمعلوم ، وأما بيع الرطب بيباسه بعد القطع وامكان المائلة فالجمهور لا يجيزون بيع شيء من ذلك بجنسه لامتناعا ولا تماثلا»^(٢).

علة النهي:

أما علة النهي. فبعض الأحاديث جاءت بها. ففي حديث لسهل بن أبي حثمة عند مسلم «نهى عن بيع الثمر بالتمر وقال: ذلك الربا تلك المزابنة إلا أنه رخص في بيع العريّة النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها قرا يأكلونها رطبا»^(٣) وفي رواية «الربا: الزين»^(٤).

والزبن: أي التدافع بين المتبايعين والنزاع بينهما.

وفي لفظ لمسلم «ذلك الزبن ، عوض الربا»^(٥).

وقال الفقهاء: علة النهي هي الربا ، والزبن ، والغرر ، والقمار ، ونحو ذلك مما ذكره الفقهاء. فهذه المعاني مجتمعة ومنفردة تقتضي التحريم

(١) شرح مسلم ج ١٠ ص ١٨٨.

(٢) فتح الباري ج ٤ ص ٤٧١.

(٣) مسلم بشرح النووي ج ١٠ ص ١٨٥.

(٤) المصدر السابق ص ١٨٥ ، ١٨٦.

(٥) مسلم السابق ، وانظر. نصب الراية ج ١ ص ١٣.

إذ هي تؤدي إلى التدافع بين العاقدین بسبب الغبن فی بيع المزابنة والمحاولة لبنائهما على التخمين الموجب للتدافع والتخاصم لكثرة الغبن فيهما^(١).

ونستطيع أن نقول: أنه إذا كان المال ربويا فالعلة الربا ، أما إذا كان غير ربوي فالعلة فيه باقى المعانى كما أشار إليه ابن رشد فى بداية المجتهد « أما فى الربويات فلموضع التفاضل ، وأما فى غير الربويات فلعدم تحقق القدر »^(٢).

تفسير العرية :

اختلفت عبارات السلف والخلف فى تفسير العرية. وسنذكر هنا بعض تفسيرات من قال أنها بيع مستثنى من بيع المزابنة.

يقول النووي فى المنهاج « ويرخص فى العرايا. وهو^(٣) بيع الرطب على النخل بتمر فى الأرض ، والعنب فى الشجر بزبيب فيما دون خمسة أوسق »^(٤).

ويقول ابن حزم « أن يأتى الرطب ويكون قوم يريدون ابتياع الرطب

(١) انظر. شرح مسلم السابق ص ١٨٧ ، روضة الطالبين ج٣ ص ٢١٧ ، نيل الأوطار ج٦ ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ ، سبل السلام ج٢ ص ١٩ ، المنتقى ج٤ ص ٢٤٣ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، فتح البارى ج٤ ص ٤٤٩ ، ٤٥١ ، ٤٧١ ، الهداية وشروحها ج٦ ص ٥٣ ، ٥٤ ، تبين الحقائق وحاشية الشلبى ج٤ ص ٤٧ ، حاشية الصعبدى على كفاية الطالب ج٢ ص ١٥٢ ، شرح الخرشى ج٥ ص ٧٥ ، بداية المجتهد ج٢ ص ٢٤١ ، ٢٤٢ ، الأم ج٢ ص ٦٤ مجلد / ٢ باب المزابنة ، شرح جلال المحلى ج٢ ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، ومعه قلبوى وعميرة ، تحفة المحتاج والشروانى والعبادى ج٤ ص ٤٧١ ، أسنى الطالب ج٢ ص ١٠٦ ، كشاف القناع ج٢ ص ٢٥٨ ، الروض المربع ج٢ ص ١١٢ ، الشرح الكبير للمقدسى ج٤ ص ١٦٥ .

(٢) بداية المجتهد السابق.

(٣) أي بيع العرايا.

(٤) متن المنهاج مع شرحه لجلال الدين المحلى ج٢ ص ٢٣٨ ، وانظر. حاشية الرملى على الأسنى ج٢ ص ١٠٧ ، حلية العلماء ج٢ ص ٥٤١ ، المذهب ج١ ص ٢٧٤ .

للاكل فأبيع لهم أن يبتاعوا رطباً في رؤوس النخل بخرصها قمراً فيما دون خمسة أوسق....»^(١).

الامام أبو حنيفة لم يستثن العرية من بيع المزبنة:

الظاهر من الأحاديث أنها مستثناة من النهي عن بيع المزبنة والمحاولة، وأخذ بهذا الاستثناء الجمهور.

أما أبو حنيفة فلأن الأصل عنده في العرية أنها هبة ولا تكون بيعاً لم يستثنوها من بيع المزبنة، وإنما استثنوها من حكم الرجوع في الهبة^(٢).

وقد أبدى ابن رشد عجبه من قول الامام أبي حنيفة. يقول ابن رشد «والعجب منه أنه سهل عليه أنه يستثنى من النهي عن الرجوع في الهبة التي لم يقع فيها الاستثناء بنص الشرع، وعسر عليه أن يستثنى مما استثنى منه الشارع، وهي المزبنة»^(٣).

وعلى كل حال فالعرية مرخص فيها لكن عند الجمهور الترخيص في بيعها، وعند الحنفية الترخيص في الرجوع في الهبة.

ولصحة بيع العرايا شروط منها ما سبق ذكره، وهو المقدار المرخص فيه «مادون خمسة أوسق» وفي الخمسة خلاف، ولا تجوز فيما زاد على

(١) المحلى ج٧ ص ٣٨٩ مسألة ١٤٧٤.

(٢) وعندهم لا يجوز الرجوع في الهبة إذا كانت لدى رحم محرمة نسباً، والرحم المحرمة هو الذي يحرم نكاحه، كما لا يجوز الرجوع في الهبة إن قصد بها وجه الله وثواب الآخرة. والعرية من هذا المعنى.

راجع كتابنا الهبة «هبة الأعيان» بحوث فقهية مقارنة ص ٥٠٥، ٥٣٧، ط أولى ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، السلام للطباعة والنشر، حليلة الزيتون، وانظر لهم في العرية. بدائع الصنائع ج٥ ص ١٩٤، الهداية وشروحها ج٦ ص ٥٤، تبيين الحقائق ج٤ ص ٤٨، شرح معاني الآثار ج٤ ص ٣٣، ٣٤.

(٣) بداية المجتهد ج٢ ص ٣٢٩.

الخمسة إلا فى حالات عند بعضهم وشروط صحة العرية تصل إلى سبعة عشر
شرطا منها ما هو محل اتفاق ، ومنها ما هو محل خلاف. وفيما تصح فيه
العمل هو النخل فقط أم هو وغيره؟ خلاف بين الفقهاء. والله
أعلم.

والى هنا نصل إلى نهاية البحث. أسأل الله عز وجل التوفيق والقبول
إنه سميع مجيب.

الباحث.

ثبت أهم المصادر البحث

القرآن الكريم:

التفسير:

- الجامع لأحكام القرآن: لأبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبي، المفسر. توفى ودفن بمنية أبو خصيب فى ليلة الاثنين التاسع من شوال سنة ٦٧١هـ . رحمه الله. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

- احكام القرآن: لأبى بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠هـ . تحقيق عبد السلام محمد على شاهين. دار الكتب العلمية. بيروت . لبنان ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

- احكام القرآن: لأبى بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربى ٤٦٨هـ - ٥٤٣هـ . تحقيق على محمد البجاوى. دار الفكر.

الحديث وشرحه :

- بغية الرائد فى تحقيق مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: للحافظ نور الدين أبى الحسن على بن أبى بكر بن صالح الهيثمى. القاهري الشافعي ولد فى سنة ٧٣٥هـ وتوفى فى سنة ٨٠٧هـ. تحقيق عبد الله محمد الدوريش. وهو الذى أطلق على هذا المصدر بغية الرائد وذلك على سبيل الاستعارة من الحافظ جلال الدين السيوطي الذى بدأ فى كتابه «بغية الرائد فى الذيل على مجمع

الزوائد» ولكن المنية لم تمهله ولم يصلنا ما كتبه. دار
الفكر ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م. بيروت - لبنان.

- بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام: لشهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي
ابن محمد بن حجر العسقلاني القاهري «٧٧٣ -
٨٥٢هـ». مطبوع مع شرحه سبل السلام للصنعاني،
دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

- حاشية بغية الملعي في تخريج الزيلعي: أسفل نصب الراية. ط ثانية
للمجلس العلمي..

- سبل السلام: تأليف محمد بن اسماعيل الكحلواني ثم الصنعاني
المعروف بالأمير «١٠٥٩م - ١١٨٢هـ» وهو شرح
لبلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للحافظ بن حجر
العسقلاني. وقد تقدم. دار الكتب العلمية. بيروت-
لبنان.

- سـنن أبي داود: أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي
(٢٠٢ - ٢٧٥هـ) دار الحديث - القاهرة، (١٤٠٨هـ -
١٩٨٨م).

- سـنن الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة السلمي
الترمذي الضرير. اختلف في عام ولادته. ذكر البعض
أنه ولد في سنة ٢٠٩هـ. وكانت وفاته في سنة
٢٧٩هـ ومع السنن. الشمانل المحمدية والخصائص
المصطفوية. وكذلك شفاء الغلل في شرح كتاب الغلل
للترمذي أيضا. دار الفكر، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
تحقيق أحمد شاكر ، وآخرين.

- **سنن ابن ماجه:** تأليف الحافظ أبى عبد الله محمد بن يزيد القزويني
ابن ماجه (٢٠٧ - ٢٧٥هـ). تحقيق محمد فؤاد عبد
الباقي. مطبعة دار إحياء الكتب العربية. فيصل
عبسى البابى الحلبي.

- **سنن الدار قطنى:** تأليف شيخ الإسلام على بن عمر الدار قطنى المتوفى
٣٨٥هـ، عالم الكتب - بيروت. ط ١٤٠٦هـ -
١٩٨٦م.

- **سنن البيهقى «السنن الكبرى»:** تأليف أبى بكر أحمد بن الحسين بن
على البيهقى المتوفى سنة ٤٥٨هـ. ويذيله الجوهز
النقى فى الرد على البيهقى للعلامة علاء الدين بن
على بن عثمان بن ابراهيم الماردىنى الشهير بابن
التركمان المتوفى سنة ٧٤٥هـ من فقهاء الحنفية. ط
مجلس دائرة المعارف النظامية - الهند. حيدر أباد
الدكن «١٣٥٢هـ - ١٩٤٤م».

- **سنن النسائى:** تأليف الحافظ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن على
ابن بحر بن سنان بن دينار النسائى. المتوفى سنة
٣٠٣هـ. بشرح الحافظ جلال الدين السيوطى المتوفى
٩١١هـ، المطبعة المصرية الأزهرية. ونسخة أخرى
بهامشها حاشية العلامة أبى الحسن محمد بن عبد
الهادى الحنفى المتوفى ١١٣٨هـ والمعروف بالسندى.

- **شرح صحيح مسلم:** تأليف محبى الدين أبى زكريا الشافعى «٦٣١ -
٦٧٦هـ». دار الريان للتراث. ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
أسفل صحيح مسلم.

- شرح معاني الآثار: تأليف أبي جعفر أحمد بن محمد الأزدي الطحاوي
« ٢٢٩ - ٣٢١ هـ ». ط دار الكتب العلمية -
بيروت. لبنان ط أولى « ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م » تحقيق
محمد زهري النجار.

- صحيح البخاري: تأليف أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري.
« ١٩٤ هـ - ٢٥٦ هـ ». مطبوع مع فتح الباري.
الطبعة الثالثة، ١٤٠٧ هـ . دار الريان للتراث -
المكتبة السلفية.

- صحيح مسلم: تأليف أبي الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري
القيساري، المتوفى سنة ٢٦١ هـ . دار الريان
للتراث ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م . مطبوع مع شرحه للإمام
النووي. وقد سبق.

- فتح الباري: تأليف الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني
(٧٧٣ - ٨٥٢ هـ) الطبعة الثالثة، ١٤٠٧ هـ. دار
الريان للتراث - المكتبة السلفية. وهو شرح لصحيح
البخاري السابق ذكره.

- منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار: تأليف أبي البركات مجد الدين عبد
السلام بن عبد الله الحراني المعروف بابن تيمية
« ٥٤٢ - ٦٢١ هـ ». مطبوع مع شرحه نيل الأوطار.
مكتبة الكليات الأزهرية.

- مسند أحمد: تأليف الإمام أحمد بن محمد بن حنبل المتوفى
٢٤١ هـ وبهامشه كنز العمال في سنن الأقوال
والأفعال. المكتب الإسلامي للطباعة والنشر - دار

صادر بيروت ، وأيضاً: دار الفكر العربى.

- **مسند الشافعى:** تأليف الامام أبى عبد الله محمد بن إدريس الشافعى
« ١٥٠ - ٢٠٤ هـ » دار الفد العربى.

- **مصنف عبد الرزاق:** تأليف الحافظ أبى بكر عبد الرزاق بن همام
الصنعمانى. ط أولى. دار القلم بيروت - لبنان
« ١٣٩٠ هـ - ١٩٧٠ م ».

- **المستدرك على الصحيحين:** تأليف أبى عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم
النيسابورى، ط. دار الكتب العلمية. بيروت. ط
أولى « ١٤٤١ هـ - ١٩٩٠ م ».

- **المنتقى شرح الموطأ:** تأليف أبى الوليد الباجي الأندلسي (٤٠٣ - ٤٩٤ هـ)
ط أولى ١٣٣٢ هـ . مطبعة السعادة. وطبعة ثانية.
دار الكتاب الإسلامى - القاهرة. وهما لا يختلفان.

- **الموطأ:** تأليف إمام دار الهجرة مالك بن أنس. مطبوع مع
المنتقى السابق.

- **نصب الإرية لأحاديث الهداية:** تأليف الإمام جمال الدين أبى محمد عبد الله
ابن يوسف الحنفى الزيلعى توفى ٧٦٢ هـ. وهو غير
فخر الدين الزيلعى الفقيه صاحب تبين الحقائق
فالآخر شيخه. الطبعة الثانية للمجلس العلمى .
ومعه حاشية بغية الأمل فى تخرج الزيلعى. وقد
سبق.

- **نيل الاوطار:** تأليف محمد بن على بن محمد الشوكاني ولد عام
١١٧٢ هـ - ١٧٥٩ م ، وتوفى ١٢٥٠ هـ - ١٨٣٥ م.

وهو شرح لمنتقى الأخبار السابق ذكره. مكتبة
الكليات الأزهرية.

اللغة والمصطلحات:

- تاج العروس من جواهر القاموس: تأليف محمد مرتضى الحسينى الواسطى
الزبيدي الحنفى. المطبعة الخيرية ١٣٨٨هـ.

لسان العرب: تأليف جمال الدين بن منظور المتوفى ٧١١هـ المؤسسة
المصرية العامة للتأليف والأنباء والنشر. مطابع
كوستانونماس وشركاه بالظاهر. القاهرة.

- مختار الصحاح: تأليف محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى. دار
الكتب العلمية بيروت - لبنان. ط أولى ١٤١٥هـ -
١٩٩٤م. ضبطه وصححه أحمد شمس الدين.

- التعريفات: تأليف الشريف على بن محمد الجرجانى المتوفى فى
سنة ٨١٦هـ. دار السرور. بيروت - لبنان.

- القاموس المحيط: تأليف مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي
الشيرازي. ط مؤسسة الرسالة. ط ثانية ١٤٠٧هـ -
١٩٨٧م.

- المصباح المنير: تأليف أحمد بن محمد بن على المقرئ الفيومي.
المتوفى عام ٧٧٠هـ. ط. دار المعارف بالقاهرة.

- النظم المستعذب: تأليف محمد بن أحمد بن بطلال الركبى. وهو شرح
لغريب المذهب للشيرازي الفقيه. ط. دار الفكر.
مطبوع بهامش المذهب.

- المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية. ط. دار المعارف. مصر ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م.

- معجم مقاييس اللغة: تأليف أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا. ط. دار الجليل، بيروت. ط أولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

الفقه:

الفقه الحنفي:

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني: تأليف علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي. المتوفى عام ٥٨٧هـ. دار الكتاب العربي. بيروت - لبنان، ط ثانية ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.

- تبين الحقائق: تأليف فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي. الطبعة الثانية (أوفست) عن الطبعة الأولى بالمطبعة الكبرى الأميرية ببغداد ١٣١٤هـ. طبعت بمطابع الفاروق الحديثة - القاهرة. حقائق شبرا. وهو شرح لكنز الدقائق.

- تكملة حاشية ابن عابدين: وهي المعروفة بقرة عيون الأخبار. تأليف محمد علاء الدين أفندي بن الشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين. دار إحياء التراث العربي.

- حاشية سعد جلبي: تأليف سعد الله بن عيسى الشهير بسعد جلبي وسعد أفندي المتوفى عام ٩٤٥هـ.، على شرح العناية وعلى الهداية. دار إحياء التراث العربي. بيروت - لبنان.

- حاشية الشلبي: شهاب الدين أحمد الشلبي. وهي حاشية على تبين الحقائق السابق ذكره.

- حاشية ابن عابدين المسماة ببرد المختار: تأليف الشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين. ط الثالثة ١٣٢٥ هـ - المطبعة الكبرى الأميرية.

- شرح العناية على الهداية للبايزتي: تأليف أكمل الدين محمد بن محمود الباهرتي. المتوفى سنة ٧٨٦ هـ. مطبوع بهامش الهداية. دار إحياء التراث العربي. بيروت - لبنان.

- شرح فتح القدير: تأليف كمال الدين محمد بن عبد الواحد. المتوفى سنة ٨٦١ هـ. مع تكملة نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد المعروف بقاضي زادة المتوفى سنة ٩٨٨ هـ. كلاهما على الهداية. دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

- شرح الكفاية: تأليف جلال الدين الخوارزمي الكرلاني على الهداية. مطبوع بأسفل شرح فتح القدير السابق.

- غمز عيون البصائر: تأليف السيد أحمد بن محمد الحنفى الحموى «١٠٩٨ هـ - ١٦٨٧ م». دار الكتب العلمية. بيروت - لبنان. ط أولى ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م. وهو شرح للأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى، والمطبوع معه.

- مجمع الاتهر في شرح ملتقى الأبحر: تأليف عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بدمار أفندى. دار الطباعة العامة. دار إحياء التراث العربي. بيروت ١٣١٩ هـ.

- **الدر المختار**: تأليف محمد علاء الدين الحصكفى. المتوفى عام ١٠٨٨هـ. مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين السابق ذكرها. وهو شرح تنوير الأيصار.

- **الدر المنتقى فى شرح المنتقى**: مطبوع بهامش مجمع الأنهر وقد تقدم.

- **الهداية شرح بداية المبتدى**: تأليف شيخ الاسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغناني. المتوفى سنة ٥٩٣هـ. مطبوع مع شرح فتح القدير، وشرح الغناية، وشرح الكفاية، وحاشية سعد جلى. السابق ذكرهم.

- **الاختيار لتعليل المختار**: تأليف أبى عبد الله بن محمود بن مودود بن محمود أبو الفضل مجد الدين الموصلى. المتوفى سنة ٦٨٣هـ. الجهاز المركزي للكتب الجامعية والمدرسية والوسائل التعليمية، ١٣٩٦هـ - ١٩٧٧/٧٦.

- **الاشباه والنظائر**: تأليف زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم الحنفى القاهري. «٩٢٦ - ٩٧٠هـ». دار الكتب العلمية. بيروت - لبنان. ونسخة أخرى مطبوعة مع غمز عيون البصائر السابق ذكره.

فقه المالكية:

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: تأليف أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي. الناشر مكتبة الكليات الأزهرية.

- تهذيب الفروق والقواعد السنية في الاسرار الفقهية: تأليف محمد علي بن حسين المكي المالكي. مطبوع بهامش الفروق للقرافي. عالم الكتب. بيروت.

- جواهر الاكليل شرح مختصر خليل: تأليف صالح عبد السميع الآبي الأزهرى. دار احياء الكتب العربية. عيسى البابى الحلبي.

- حاشية إدراج الشروق على أنوار الفروق: تأليف أبي القاسم بن عبد الله بن محمد بن محمد الأنصارى. المعروف بابن الشاط. مطبوع بذييل الفروق للقرافي. عالم الكتب. بيروت - لبنان.

- حاشية الدسوقي: تأليف محمد عرفة الدسوقي. وهي حاشية على الشرح الكبير للدردير. دار إحياء الكتب العربية عيسى البابى الحلبي.

- حاشية الصاوى: تأليف أحمد بن محمد الصاوى المالكي. وهي حاشية على الشرح الصغير للدردير. وبذييلها التعليق الحاوى لبعض البحوث على شرح الصاوى للشبىخ محمد بن ابراهيم المبارك هدية من حاكم دوى بدولة الامارات العربية . راشد المكتوم.

- حاشية العدوى على كفاية الطالب: تأليف على الصعيدي العدوي. مكتبة ومطبعة المشهد الحسيني. القاهرة.
- حاشية العدوى على الخرشي: تأليف على بن أحمد الصعيدي العدوي. بهامش شرح الخرشي. دار الفكر.
- شرح الخرشي على مختصر خليل: تأليف أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي القاهري توفي ١١٠١هـ. دار الفكر.
- كفاية الطالب الرباني لإرسالة أبي زيد القيرواني: تأليف علي بن محمد ثلاثا ابن خلف « ٨٥٧ - ٩٣٩هـ » الشهير بأبي الحسن مكتبة ومطبعة المشهد الحسيني - القاهرة.
- منح الجليل شرح مختصر خليل: تأليف الشيخ محمد عlish. دار الفكر.
- الذخيرة: تأليف أحمد بن إدريس القرافي. ط. دار الغرب. ط أولى ١٩٩٤م. تحقيق د. محمد حجي.
- الشرح الصغير على اقرب المسالك: تأليف أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير. ومعه حاشية الصاوي. هدية من حاكم دبي بدولة الامارات العربية. راشد المكتوم.
- الشرح الكبير: لأبي البركات سيدي أحمد الدردير. ومعه حاشية الدسوقي. دار احياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي.
- الفروق. المسمى انواء البروق في انواء الفروق: تأليف أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي. المشهور بالقرافي. ومعه حاشية ادرار الشروق. وتهذيب الفروق. ط. عالم

الكتب.

- القوانين الفقهية: تأليف أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي
الفرناطي. توفي « ٦٩٣ - ٧٤١هـ ».

- المنتقى شرح الموطأ: للقاضي أبو الوليد الباجي. وقد مرّ في مصادر
الحديث.

فقه الشافعية:

- الآم، لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (١٥٠ - ٢٠٤هـ) مع
مختصر المزني. دار الفكر. بيروت - لبنان، ١٤١٠هـ -
١٩٩٠م.

- اسنى المطالب شرح (روض الطالب: تأليف أبي يحيى زكريا الأنصاري (٨٢٦ -
٩٢٦هـ) الناشر. دار الكتاب الاسلامي بالقاهرة.

- الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية: تأليف جلال الدين عبد
الرحمن السيوطي. المتوفى سنة ٩١١هـ - دار الكتب
العلمية بيروت - لبنان. ط أولى ١٤١٣هـ -
١٩٨٣م.

- تكملة الابانة: تأليف أبي سعد عبد الرحمن بن مأمون بن علي بن
ابراهيم النيسابوري المتولي. المتوفى سنة ٤٧٨هـ.
مخطوطة بدار الكتب تحت رقم ٥٠ فقه شافعي
مجلة/٤. رقم الميكروفيلم / ٤١٥١٣. تاريخ النسخ
(٦٨٠هـ).

- تحفة المحتاج بشرح المنهاج: تأليف شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي.

المتوفى سنة ٩٧٤هـ دار إحياء التراث العربى.

- **تكملة المجموع شرح المهذب:** تأليف تقي الدين على بن محمد الكافى السبكى. المتوفى سنة ٧٥٦هـ. مطبعة التضامن الأخرى.

- **حلية العلماء فى معرفة مذاهب الفقهاء:** تأليف أبى بكر محمد بن أحمد الشاشى. مكتبة نزار مصطفى الباز - مكة المكرمة - الرياض ط أولى ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

- **حاشية الباجورى:** تأليف الشيخ ابراهيم الباجورى. وهى حاشية على شرح ابن قاسم الغزى على متن أبى شجاع. مطبعة دار إحياء الكتب العربية. عيسى البابى الحلبي.

- **حاشية الجمل:** تأليف الشيخ سليمان الجمل. وهى حاشية على شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصارى. دار الفكر.

- **حاشية الإملى:** تأليف أبى العباس بن أحمد الرملى الكبير الأنصارى. وهى حاشية على أسنى المطالب. دار الكتاب الاسلامى - القاهرة.

- **حاشية الشروانى:** تأليف الشيخ عبد الحميد الشروانى. وهى حاشية على تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمى. دار إحياء التراث العربى.

- **حاشية العبادى:** تأليف الشيخ أحمد بن قاسم العبادى. وهى حاشية على تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمى. دار إحياء التراث العربى.

- حاشية قليوبي: تأليف الشيخ شهاب الدين القليوبي. وهي حاشية على شرح جلال الدين المحلي. دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي.

- حاشية عميرة: تأليف الشيخ عميرة. وهي حاشية على شرح جلال الدين المحلي.

- روضة الطالبين: تأليف أبي زكريا يحيى بن شرف النووي. المتوفى سنة ٦٧٦هـ. دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان. ط. أولى ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

- شرح ابن قاسم على متن أبي شجاع: تأليف الشيخ ابن قاسم الغزي مطبوع بهامش حاشية الباجوري. دار إحياء الكتب العربية. عيسى البابي الحلبي.

- شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين: تأليف جلال الدين المحلي. دار إحياء الكتب العربية. عيسى البابي الحلبي.

- فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي: تأليف عبد الكريم بن محمد الرافعي. على هامش المجموع شرح المذهب للنووي. دار الفكر.

- قواعد الأحكام في مصالح الأتام: تأليف عز الدين بن عبد السلام السلمي. المتوفى سنة ٦٦٠هـ. مؤسسة الريان. بيروت - لبنان. ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م.

- مغنى المحتاج: تأليف الشيخ الشربيني الخطيب. دار الفكر.

- مختصر المزنّي: تأليف أبي إبراهيم اسماعيل بن يحيى المزنّي. طبعة

مستقلة عن الأم للشافعي. ط. دار الغد العربي. ط.
أولى ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م.

- نهاية المحتاج: تأليف محمد بن أحمد الرملى. دار الفكر.

- البيان: تأليف يحيى بن أبى الخير بن سالم بن أسعد بن عبد
الله عمران العمراني «٤٨٩ هـ - ٥٥٨ هـ» مخطوط
بدار الكتب المصرية تحت رقم /٢٥ فقه شافعي. رقم
الميكروفيلم / ٤٠٤٣٦. مجلد ٣. ونسخة أخرى
تحقيق لبعض أبواب البيوع. رسالة ماجستير بكلية
الشرعية والقانون بالقاهرة للباحث محمد أحمد أبو
سعدة ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨ م.

- الحاوى الكبير: تأليف أبى الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي
(٣٦٤ - ٤٥٠ هـ) تحقيق. د/محمود مسطرجى ط.
دار الفكر. بيروت - لبنان. المكتبة التجارية
مصطفى أحمد الباز.

- الشامل: تأليف أبى نصر عبد السيد بن أبى طاهر محمد بن
عبد الواحد بن محمد البغدادى. الشهير بابن الصباغ
«٤٠٠ - ٤٧٧ هـ» مخطوط محقق منها بعض أبواب
البيوع فى رسالة ماجستير بكلية الشريعة والقانون
بالقاهرة تحت رقم ٢٠٨٢ للباحث / ابراهيم رفعت
الجمال. ١٩٩٠ م.

- المهذب: تأليف أبى اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف
الشيرازي. طبعة مستقلة عن شرح المهذب «المجموع
للنووى». دار الفكر.

- شرح صحيح مسلم للنووي، سبق في مصادر الحديث.

فقه الحنابلة:

- اعلام الموقعين عن رب العالمين: تأليف شمس الدين أبى عبد الله محمد بن

أبى بكر. المعروف بابن قيم الجوزية « ٦٩١ -

٧٥١ هـ » راجعه وقدم له وعلق عليه / طه عبد الرؤوف

سعد. الناشر. مكتبة الكليات الأزهرية. ط. مطابع

الاسلام - القاهرة ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م.

- زاد المعاد في هدى خير العباد: تأليف ابن قيم الجوزية السابق تحقيق أ.د.

حمزة النشورتى. والشيخ عبد الحفيظ فرغلى-

مكتبات الأهرام ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.

- شرح الزركشى على الخرقى: تأليف الشيخ شمس الدين محمد بن عبد الله

الزركشى المصرى. المتوفى سنة ٧٧٢ هـ تحقيق وتخرىج

عبد الله بن عبد الجبرين. مكتبة العبيكان - الرياض

ط. أولى ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م.

- كشف القناع عن متن الاقناع للبهوتى: تأليف منصور بن يونس بن اديس

البهوتى. عالم الكتب . بيروت - لبنان.

- هداية الراغب لشرح عمدة الطالب: تأليف عثمان أحمد النجدى. دار

البشير: جدة - الدار الشامية بيروت.

- الروض المربع شرح زاد المتسقين: تأليف منصور بن يونس بن اديس

البهوتى. الناشر مكتبة الرياض الحديثة بالرياض -

السعودية. مطبعة السعادة القاهرة. ١٣٩٧ هـ -

١٩٧٧ م. ومعه حاشية العنقرى.

- الشرح الكبير على متن المفتاح: تأليف شمس الدين أبي الفرج بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ . مطبوع مع المغنى . دار الفكر ، بيروت - لبنان . ط أولى ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م.

- القواعد في الفقه الاسلامي: تأليف أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب . المتوفى سنة ٧٩٥ هـ . ط . الثانية ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م . دار الجيل . بيروت - لبنان .

- ~~المغنى~~ : تأليف موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة . المتوفى سنة ٦٢٠ هـ . على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين عبد الله بن أحمد الخرقى . المتوفى سنة ٣٣٤ هـ . دار الفكر . بيروت - لبنان . ط أولى ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م . ومعه الشرح الكبير السابق ذكره .

- الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف: تأليف علاء الدين أبي الحسن على بن سليمان المرداوي . دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان ، ط . أولى ، ١٣٧٦ هـ - ١٩٥٦ م . أوفست . مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة ، ١٩٥٦ م .

فقه الظاهرية :

- ~~المحلى بالاثار~~ : تأليف أبي محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي . محقق . دار الفكر ، دار الكتب العلمية . بيروت - لبنان ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م .

فقه الاباضية:

- حاشية على الايضاح: تأليف أبي ستة النفوس. وهى حاشية على الايضاح للشماخي - وسيأتي.

- شرح النيل وشفاء العليل: تأليف الشيخ محمد بن يوسف أطفيش. وهو شرح لكتاب النيل للشيخ الشميني.

- نتائج الاقوال نثر مدارج الكمال: تأليف سعيد بن سليمان الحارثي. ط. أولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م مكتبة الضامري بسلطنة عمان.

- الايضاح: تأليف الشيخ عامر بن علي الشماخي. ط. وزارة التراث بسلطنة عمان، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

- الجامع: تأليف أبي محمد عبد الله بن محمد بن بركة البهلوي العماني. ط. وزارة التراث بسلطنة عمان - المطبعة الشرقية بطرح.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
تقديم البحث	٣
وقد دفعنى إلى دراسة هذا الموضوع الآتى	٣
هدف الدراسة	٥
منهج البحث	٥
خط البحث	٦
تنبيه	٨
التمهيد	١١
أولاً: فى البيع	١١
معنى البيع	١١
وأما البيع فى اصطلاح الفقهاء	١٤
الحكمة فى مشروعية البيع	١٨
أهمية معرفة أحكام البيع	١٩
أركان عقد البيع - وما يخص البحث منها	٢٠
ثانياً: الغرر	٢٥
الغرر فى اللغة	٢٥
الغـرر فى الاصطلاح	٢٥
أسباب الغرر فى البيع	٢٩
الفرق بين الغرر ، والغرور	٣٠
العلاقة بين الغرر ، والجهالة	٣٢
ما تؤثر فيه الجهالات والغرر ، وما لا يؤثر فيه ذلك من	
التصرفات	٣٣

- ٣٦ أنواع الجهالة والغرر ، والمؤثر منها في البيع
- ٣٦ أولا: الغرر اليسير
- ٣٩ ثانيا: الجهالة والغرر الكثير
- ٤٢ ثالثا: الجهالة والغرر المتوسط
- ٤٢ ضابط صحة البيع وفساده مع الغرر كما ذكره النووي
- النهى عن بيع الغرر ، وعلة النهى ، والرد على من قال
- ٤٣ بجوازه

الفصل الأول

حكم بيع الثمار على أشجارها

والزروع في أرضها قبل أن تخلق

- ٤٧ المبحث الأول: النص الحاكم لبيع الثمار على أشجارها والزروع في أرضها قبل أن تخلق
- ٤٨ أولا: أحاديث النهى عن بيع السنين وبيع المعاومة. ومنها: ..
- ٤٨ ثانيا: أحاديث النهى عن بيع الغرر. ومنها: ..
- ٥٠ معنى بيع السنين وبيع المعاومة
- ٥٢ المبحث الثاني: موقف الفقهاء من حكم بيع الثمار على أشجارها ، والزروع في أرضها مفردة قبل أن تخلق
- ٥٥ دعوى جواز بيع السنين والمعاومة ، والرد عليها
- ٦٤

الفصل الثاني

حكم بيع الثمار على أشجارها

والزروع في أرضها مفردة بعد الظهور

- ٧١ المبحث الأول: النص الحاكم لبيع الثمار والزروع مفردة بعد ظهورها
- ٧١ خلاصة من الأحاديث
- ٨٦

- ٨٨ دعوى الادراج فى «أرأيت إن منع الله الثمرة ...» والجواب
- ٩٠ المبحث الثانى: حكم بيع الثمار والزروع بعد ظهورها
- ٩٠ تمهيد
- ٩١ المطلب الأول: الاتجاه الذى لم يفصل
- ٩١ الفرع الأول: القائلون بالمنع مطلقا قبل الصرام
- الفرع الثانى: القائلون بالمنع مطلقا قبل بدو الصلاح وبيان
- ٩٣ مذهب ابن حزم الظاهرى
- ٩٦ أما عن مذهب ابن حزم الظاهرى
- الفرع الثالث: القائلون بجواز البيع مطلقا قبل بدو
- ١٠٢ الصلاح
- ١٠٧ المطلب الثانى: الاتجاه الذاهب إلى التفصيل
- ١٠٧ تمهيد
- الفرع الأول: حكم بيع الثمار ، والزروع مفردة قبل بدو
- ١١٠ الصلاح بشرط التبقية
- الفرع الثانى: حكم بيع الثمار ، والزروع مفردة قبل بدو
- ١٢١ الصلاح مع الاطلاق فى البيع
- ١٢١ سبب الخلاف
- ١٤٥ السراج
- الفرع الثالث: حكم بيع الثمار ، والزروع مفردة قبل بدو
- ١٤٧ الصلاح بشرط القطع
- الفصل الأول: موقف أصحاب هذا الاتجاه من حكم
- بيع الثمار ، والزروع مفردة قبل بدو
- ١٤٧ الصلاح بشرط القطع

- ١٦٤الرأى فى المسألة برمتها
- الفصل الثانى: شروط صحة البيع قبل بدو الصلاح
- ١٦٦بشرط القطع
- الشرط الأول: كون المبيع على القطع منتفعا به فى
- ١٦٦الحال
- الراجع
- ١٧٦الشرط الثانى، والثالث: أن تدعو إلى هذا البيع
- حاجة ، وأن لا يتمالأ أهل الموضع
- أو أكثرهم عليه.
- ١٧٧الشرط الرابع: أن يبيعه جميعه بشرط قطع الكل .
- ١٧٨الشرط الخامس: أن لا يكون شرط القطع معلقا
- ١٨٦الشرط السادس: أن لا يكتفى بالعادة عن اشتراط
- القطع
- ١٨٧الشرط السابع: أن يقطع الثمر ، والزرع فى الحال
- ولكل مذهب تفصيلاته
- ١٨٨مذهب الحنفية
- ١٨٩مذهب المالكية
- ١٩٠مذهب الشافعية
- ١٩١مذهب الحنابلة
- ١٩٤مذهب الإباضية
- ١٩٨خلاصة المذاهب فى أهم ما تقدم عنهم فى القطع فى الحال
- ١٩٩الفصل الثالث: موقف الفقهاء من أثر التأخير على
- ٢٠٢صحة البيع وحكم الزيادة

- أولاً: حكم البيع عند تأخير القطع. «التجاهان» ٢٠٢
- الراجع ٢١٣
- ثانها: الأثر المترتب على القول بالصحة ، والقول
بالبطلان ٢١٤
- أ- الأثر المترتب على القول بالصحة «حكم الزيادة
فى عين المبيع» ٢١٤
- مذهب الحنفية ٢١٤
- مذهب الشافعية ٢١٥
- مذهب الحنابلة ومن وافقهم ٢١٦
- مذهب الإباضية ٢٢٤
- ب- الأثر المترتب على القول بالبطلان ٢٢٥
- خلاصة مقارنة فى حكم الزيادة ٢٣٠
- أولاً: عند القائلين بصحة البيع ٢٣٠
- ثانها: على القول ببطلان البيع ٢٣٢
- الراجع ٢٣٤
- الفرع الرابع: حكم بيع الثمار والزروع بعد الظهور ،
وقبل بدو الصلاح مع أصلها أو لمالك
أصلها ٢٣٥
- الفصل الأول: حكم بيع الثمار والزروع بعد الظهور
وقبل بدو الصلاح مع أصولها ٢٣٥
- الراجع ٢٤٢
- عود على بدء فى مذهب الشافعية ٢٤٢
- ١- حكم اشتراط القطع إن بيعت الثمار ،

٢٤٢ والزروع مع الأصول
٢٤٤ رأى فى المسألة
٢٤٤	٢- كون البيع قد تم فى صفقة واحدة
٢٤٥	٣- بيع الزرع والأرض وفى الزرع حب غير ظاهر
٢٤٦ والخلاصة
	الفصل الثانى: حكم بيع الثمار والزروع بعد ظهورها
٢٤٦ وقبل بدو الصلاح
٢٤٧ مفردة لمالك الأصل
٢٥٨ الرجاء
٢٥٨ عود على بدء
	١- إن بيعت الثمرة والزروع أولا ، ثم اشترى
٢٥٩-٢٥٨	صاحبها الأصل وللمالكية تفصيل نذكره
	٢- شرط القطع فى بيع أصول البطيخ ونحوه
٢٦٠ مفردة قبل بدو الصلاح
	٣- شرط القطع فى بيع البطيخ ونحوه مع أصوله
٢٦٢ مفردا قبل بدو الصلاح
٢٦٤	٤- شرط القطع فى بيع أصول البقول مفردة
	الفصل الثالث
	حكم بيع الثمار ، والزروع
٢٦٥	بعد بدو صلاحها
٢٦٥	المبحث الأول: حكم بيع الثمار والزروع مفردة بعد بدو الصلاح
٢٩١ الرجاء
٢٩٢ حكم بيع الزرع إذا أفرك ولم يبس عند الملكية

٢٩٧	مدى تكليف المشتري قطع ثمره وزرعه البادي الصلاح
٣٠٣	أثر الآفة على الإبقاء
٣٠٣	إن كان فى الإبقاء ضرر بالبائع
٣٠٥	المبحث الثانى: هم يكون بدو الصلاح ، وقت أمان العاهة؟
٣٠٥	الاتجاه الأول
٣٠٨	الاتجاه الثانى
٣١١	الاتجاه الثالث
٣١١	الاتجاه الرابع
٣١٢	الاتجاه الخامس
٣١٤	الاتجاه السادس «الجمهور»
٣١٤	مذهب المالكية
٣١٨	مذهب الشافعية
٣٢٥	ضابط بدو الصلاح عند الشافعية
٣٢٦	مذهب الحنابلة
٣٢٩	مذهب الإباضية
٣٣٠	مذهب الظاهرية
٣٣٤	الراجع
٣٣٦	المبحث الثالث: حكم بيع الثمار والزروع اذا بدا صلاح البعض
٣٣٧	حكاية النقلة لاختلاف الفقهاء
٣٣٨	قول محمد من الحنفية
٣٣٩	مذهب المالكية
٣٤٧	مذهب الشافعية
٣٦٣	مذهب الحنابلة

٣٧٥ مذهب الظاهرية
٣٤٩ مذهب الليث بن سعد
٣٨٢ مذهب الاباضية
	خلاصة مقارنة للجمهور فى حكم البيع إذا بدا صلاح البعض
٣٨٥ فى الثمر والزرع
٣٨٥ أولا: المقدار المعتبر فى تجويز البيع
٣٨٦ ثانيا: الباكورة
٣٨٦ ثالثا: التفرقة بين الثمر والزرع
٣٨٦ رابعا: من قال أن كل شجرة فى البستان لها حكم نفسها
٣٨٧ خامسا: إذا اختلف الجنس فى البستان الواحد
٣٩٠ سادسا: إذا اختلف النوع فى البستان الواحد
٣٩٢ سابعا: إذا اتحد النوع فى البستان الواحد
٣٩٣ ثامنا: إذا أفرد مالم يبد صلاحه بالبيع
	تاسعا: إذا بدا الصلاح فى جنس من بستان فهل يكون
٣٩٤ صلاحا لذلك الجنس فيما جاوره من البساتين
٤٠٠ الرأى فى المسألة

الفصل الرابع

حكم بيع المستتر ، وبيع

٤٠٣	ما يأتى بطونا من الثمر والزرع
	المبحث الأول: حكم بيع المستتر من الثمر على الشجر ، ومن الزرع
٤٠٤ فى أرضه بعد بدو الصلاح
٤٠٤ تهيد
٤٠٥ المطلب الأول: المستتر بغلافه وقشره

- مذهب الحنفية ٤٠٥
- مذهب المالكية ٤٠٩
- شروط بيع الزرع قائما فى أرضه ٤١٣
- مذهب الشافعية ٤١٥
- القسم الأول: ما يكون بارزا فى شجره من غير حائل .. ٤١٩
- الخوخ والتفاح ونحو ذلك ٤١٩
- الشعير ، والسلت ، والنرة «ماله حب ظاهر» .. ٤٢٠
- هل الشعير نوع واحد؟ ٤٢٢
- والدخن كالشعير ٤٢٣
- القسم الثانى: ما كان استتاره بكمام واحد أى قشرة
- واحده ٤٢٤
- ١- الرمان والموز ، ونحوهما ٤٢٤
- ٢- طلع النخل ٤٢٥
- ٣- الأرز ٤٢٦
- ٤- المجلس ٤٢٧
- ٥- جوز القطن ٤٢٨
- ٦- جوز الكتان والبرسيم ٤٣٠
- ٧- الخنطة ، والعدس ، والسمن ، والحمص ،
واللوبيا ٤٣٢
- الحاصل فى هذا القسم ٤٣٣
- القسم الثالث: ما كان استتاره بكمامين أى قشرتين ... ٤٣٤
- واقعة الشافعي مع الربيع فى الباقلى ، والرد
عليها ٤٤١

- ٤٤٢ - اللوبيا
- ٤٤٢ - قصب السكر
- ٤٤٣ - أساس المنع وأثره فى مسائل المستتر
- ٤٤٥ مذهب الحنابلة
- ٤٤٧ المقارنة بين المذاهب والأدلة
- ٤٤٧ أولا: اذا بيع الحب وحده دون غلافه
- ٤٤٨ الراجع
- ثانيا: دعوى الاجماع على جواز بيع الشعير فى
- ٤٤٨ سنبله
- ثالثا: بيع الحب مع سنبله مما له غلاف واحد ،
- ٤٤٩ وبيع الجوز ونحوه مما له قشرتان
- ٤٤٩ الاتجاه الأول: القائلون بالجواز وأدلتهم
- ٤٥١ الاتجاه الثانى: القائلون بعدم الجواز وأدلتهم ...
- ٤٥٥ زعم ابن رشد رجوع الامام الشافعى
- ٤٧٥ سبب الخلاف فى المستتر بغلافه ، والراجع
- ٤٧٧ المطلب الثانى: المستتر «المغيب» فى الأرض
- ٤٧٧ مذهب الحنفية
- ٤٧٨ - قطع المشتري الكل بغير إذن البائع
- ٤٧٨ - قطع المشتري البعض بغير إذن البائع
- - قلع الكل باذن البائع أو البعض باذنه أو قلع
- ٤٧٩ الباقي بنفسه
- ٤٧٩ - رواية بشر عن أبى يوسف
- ٤٨٠ - وأما إن كان المغيب مما يباع عددا

- ٤٨٢ - من يقطع عند التمانع منهما
- ٤٨٣ مذهب المالكية
- ٤٨٤ - محل الخلاف عند المالكية
- ٤٨٥ مذهب الشافعية
- ٤٨٦ ثم ان لبعض الشافعية كلاما فى بعض المواطن
- ٤٨٩ أساس المنع عند الشافعية
- ٤٩٠ لكن ما الحكم إذا بيع المغيب مع أرضه
- ٤٩٠ مذهب الحنابلة
- ٤٩٣ مذهب الظاهرية
- ٤٩٤ مذهب الإباضية
- ٤٩٦ المقارنة بين المذاهب والأدلة
- ٤٩٦ محل الرفاق والخلاف. وفى الخلاف اتجاهان
- ٤٩٧ الاتجاه الأول: جواز البيع
- ٤٩٧ الاتجاه الثانى: لا يجوز البيع ولا يصح ويحرم
- ٥٠٣ توجيه الإمام الشافعى لمذهبه
- ٥٠٤ سبب الخلاف والراجع
- ٥٠٦ المبحث الثانى: حكم بيع ما يثمر بطونا
- ٥٠٧ المطلب الأول: حكم بيع البطون غير المتصلة
- المطلب الثانى: حكم البيع فى بطون متصلة لا تتميز « بيع
- ٥٠٧ المعدم تبعا للموجود »
- ٥٢٩ الرأى فى المسألة
- ٥٣٢ المطلب الثالث: حكم البيع فى بطون متصلة تتميز
- المطلب الرابع: حكم البيع والثمرة إذا اشتراها وتركها حتى

٥٣٥	حدثت ثمرة أخرى
٥٣٥	مذهب الحنفية
٥٣٥	محل الاتفاق
٥٣٦	محل الخلاف
	حكم الثمرة على القول بالصحة في ظاهر المذهب
٥٣٩	ودليله
٥٤٠	من يصدق في مقدار الحادثة
٥٤٠	مذهب المالكية
٤٥١	مذهب الشافعية
٥٤١	توضيح للمذهب
٥٤٦	محل الاتفاق
٥٤٧	محل الخلاف
	أولاً: حكم البيع والثمره عند القائلين بالتفرقة بين
٥٤٧	ما قبل التخلية وبعدها
٥٥١	ثبوت الخيار للمشتري على القول بعدم الفسخ ..
	ثانياً: حكم البيع والثمره عند القائلين بعدم التفرقة
٥٦٠	بين ما قبل التخلية وبعدها
٥٦٢	مسألة الطعام
٥٦٢	والخلاصة
٥٦٦	مسألة الشجرة تحمل حملين بدا صلاح أحدهما
٥٦٨	مذهب الحنابلة
٥٧٣	مذهب الإباضية
٥٧٥	خلاصة مقارنة بين المذاهب

- ٥٧٨ السراج
- المطلب الخامس: حكم بيع القصيل ومنه البرسيم ونحوه مما
- ٥٧٩ يجوز مرة بعد مرة
- ٥٧٩ معنى القصيل
- ٥٨٠ أما عن الأحكام
- ٥٨٠ قول عكرمة
- ٥٨١ قول سفيان الثوري ، وابن أبي ليلى
- ٥٨١ قول المذاهب
- ٥٨١ مافى بعض كتب المقارانات من الخلاف
- ٥٨٣ موقف المذاهب من واقع مصادر كل مذهب
- ٥٨٣ مذهب الحنفية
- ٥٨٤ والخلاصة
- ٥٨٧ مذهب المالكية
- ٥٨٩ حكم البيع إذا ترك حتى زاد
- ٥٩٠ حكم خلفه القصيل
- ٥٩١ شروط اشتراط الخلفة
- ٥٩٤ شرط فى بيع البرسيم
- ٥٩٤ مذهب الشافعية
- ٥٩٤ مذهبهم فى بيع القصيل ونحوه كالاتى:
- ٥٩٨ لايجوز البيع إلا جزء واحدة ودليله
- ٥٩٩ الفرق بين ما قبل البدو وما بعده
- ٦٠١ حكم البيع والزيادة على الطريق الأولى
- ٦٠٢ ثبوت الخيار للمشتري

- ٦٠٣ حكم البيع والزيادة على طريق الجمهور
حكم الزيادة على الطريقين وإمكان جعلها
٦٠٥ للمشتري على طريق الجمهور
٦٠٩ خلفه القصيل
٦٠٩ مناقشة كون الزيادة للبائع
٦١٠ مذهب الحنابلة
٦١٢ حكم البيع والزيادة عند الترك
٦١٣ أما عن حكم البيع
٦١٥ وأما عن حكم الزيادة
٦١٦ رأى القاضى
٦١٧ ومعنى التصديق بالزيادة أو الاشتراك فيها
٦١٧ حكم الخلفه
٦١٨ مذهب الظاهرية
٦١٩ لا يجوز بيعه إلا جزء واحدة
٦٢١ حكم الزيادة
٦٢٣ مذهب الاباضية
٦٢٣ ١- من ناحية شرط القطع
٦٢٤ ٢- من ناحية حكم البيع إذا حدثت الزيادة
٦٢٥ ٣- من ناحية حكم الزيادة
٦٢٦ ٤- من ناحية حكم بيع بطن ثان
٦٢٨ خلاصة مقارنة فى بيع القصيل والراجع
٦٢٨ أولاً: من جهة شرط القطع
٦٢٩ رأى الشوكانى

- ٦٣٠الراجع
- ٦٣١ثانيا: من جهة بيع التفصيل أكثر من جزء
- ٦٣١الراجع
- ٦٣١ثالثا: من جهة حكم البيع بعد حدوث الزيادة
- ٦٣٣الراجع
- ٦٣٣رابعا: لمن تكون الزيادة علي القول بصحة البيع؟
- ٦٣٤الراجع
- ٦٣٦خامسا: حكم الخلفة
- ٦٣٦الراجع

الفصل الخامس

متفرقات في بيع الثمار

والزروع مفردة

- ٦٣٧
- ٦٣٧المسألة الأولى: ما يكون به القبض في بيع الثمار والزروع
- ٦٣٩أثر القبض
- ٦٤٣المسألة الثانية: على من يكون جذاذ الثمر وحصاد الزرع؟ ...
- ٦٤٣تحقيق مذهب الحنفية في بيع الحب دون سنبله
- ٦٤٥إذا اتضح ذلك
- ٦٤٨الرأى في المسألة
- ٦٤٩حكم اشتراط الجذاذ والحصاد على البائع
- ٦٥٨الراجع
- ٦٥٨المسألة الثالثة: على من يكون السقي؟
- ٦٦٢الراجع
- ٦٦٢عود على بدء

- ٦٦٢ ان قلنا أن السقى على المشتري
- ٦٦٣ وإن قلنا أن السقى على البائع
- ٦٦٣ وهل يشترط الحاجة إلى السقى؟
- ٦٦٤ إن كان السقى على البائع وشرطه على المشتري
- ٦٦٥ السقى يكون بقدر الكفاية
- ٦٦٦ لو انقطع الماء
- باع الثمر لشخص ، والشجر لآخر ، فهل يلزمه
- ٦٦٧ السقى؟
- باع المشتري الثمرة لآخر ، فهل يلزم مالك الأصل
- ٦٦٧ السقى؟
- ٦٦٨ محل وجوب السقى على البائع
- ٦٧٠ المسألة الرابعة: اشترى على النزع ثم اختلفا قلعا وحصادا ...
- المسألة الخامسة: خيار الرؤية فى بيع الثمار على رؤوس
- ٦٧٠ أشجارها
- ٦٧٠ المسألة السادسة: حيل فى بيع الثمار والزروع مفردة
- ٦٧٠ حيلة فى شرط الانتفاع
- ٦٧١ الحيلة فى جعل الزيادة للمشتري
- تطيب الزيادة للمشتري بالاجارة الباطلة دون الفاسدة
- ٦٧٤ عند الحنفية
- ٦٧٩ اعتراض على بقاء الاذن فى الاجارة الباطلة وجوابه ...
- حيل أخرى للحنفية فى أن يطيب للمشتري ما زاد فى
- ٦٨٠ ذات المبيع ومالم يكن بارزا وقت العقد
- أقول: مما تقدم يتضح أن الحيل فى هذا الصدد

- ٦٨٣ كالآتي:
- ٦٨٧ المسألة السابعة: الاستثناء في بيع الثمار ، والزروع مفردة ..
- ٦٨٧ معنى الاستثناء
- ٦٨٧ النهى العام عن الاستثناء في الأحاديث
- ٦٨٨ النهى الخاص بالمجهول
- تفسير البعض بيع السنين والمعومة بالثنيا ، والرد
- ٦٩٠ عليه
- ٦٩١ القاعدة في الاستثناء
- أما بخصوص مسئلتنا فان للفقهاء ، وفاقا وخلافا
- ٦٩٢ نعرضه في الصورة الآتية
- الصورة الأولى: بيع ثمار بستان معين واستثناء
- ٦٩٢ أشجار معينة منه
- الصورة الثانية: استثناء عدة أشجار يعينها
- ٦٩٥ المشتري البيع
- ٦٩٥ الصورة الثالثة: استثناء ثمار شجرة غير معينة ..
- ٧٠٧ الراجع
- الصورة الرابعة: استثناء مكيلة ونحوها من ثمار
- ٧٠٨ الشجرة
- ٧٠٨ تحقيق مذهب الحنفية
- ٧٠٨ أولا: المقدار المستثنى
- ٧١٠ والخلاصة
- ثانيا: القول بالجوزا في الأبطال هل هو
- ٧١٠ ظاهر الرواية أم هو قياسها؟

اذا اتضح هذا فان للفقهاء فى المسألة	
قولين	٧١١
الراجع	٧٣٨
الصورة الخامسة: الاستثناء اذا كان الحائظ أنواعا	٧٣٩
الصورة السادسة: إذا كان المستثنى شائعا معلوما	
بالنسبة كالربع ونحوه	٧٣٩
الراجع	٧٤٥
الصورة السابعة: استثناء مشاع مجهول	٧٥٦
الصورة الثامنة: باعه الثمر على أن له ما سقط	٧٥٦
الصورة التاسعة: باعه بثمر معلوم واستثنى	
ما يقابل قدرا منه	٧٤٧
الصورة العاشرة: باعه قدرا معلوما والباقي له	٧٤٧
المسألة الثامنة: الثمن فى بيع الثمار ، والزروع مفردة	٧٤٨
الثابت فى الشريعة أن الثمن فى بيع الثمار والزروع	
لا يكون من جنس المبيع إلا فى العرايا	٧٤٨
اتفقوا على صحة العرية إذا كان الثمن ثمرا يابسا ،	
واختلفوا فيما عداه على اتجاهين	٧٥٠
إلراجع	٧٥٤
عودة على بدء	٧٥٤
تقعيد	٧٥٤
بيع الثمر بجنسه هو المزابنة ، وبيع الزرع بجنسه هو	
المحاكلة على الراجع فى مسمى المزابنة والمحاكلة	
ودليله من السنة	٧٥٥

٧٥٧	ولنا في الأحاديث ما يلى على ضوء أقوال الفقهاء
٧٥٩	تفسير المزابنة عند الفقهاء
٧٦٠	تفسير المحاقلة عند الفقهاء
٧٦٢	علة النهي عن المزابنة والمحاقلة
٧٦٣	تفسير العرية
	الإمام أبو حنيفة لم يستثن العرية من بيع المزابنة وإنما
٧٦٤	استثنائها من الرجوع فى الهبة
٧٦٦	المصادر
٧٨٥	الفهرس

رقم الإيداع بدار الكتب

٩٩/٧٢٢١

١٩٩٩/٤/٢٢

ترقيم دولي I.S.B.N

977-315-015-1

الامان للطباعة

تليفون: ٤٢٦٣٩٦٠